

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ELMER DA SILVA MARQUES

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO FONTE DO DIREITO NO  
ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

CURITIBA  
2015

ELMER DA SILVA MARQUES

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO FONTE DO DIREITO NO  
ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Doutor em Direito, no  
Programa de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

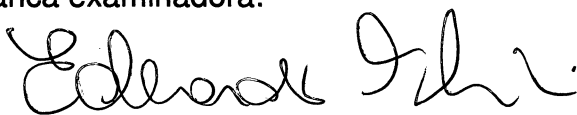
CURITIBA  
2015

## TERMO DE APROVAÇÃO

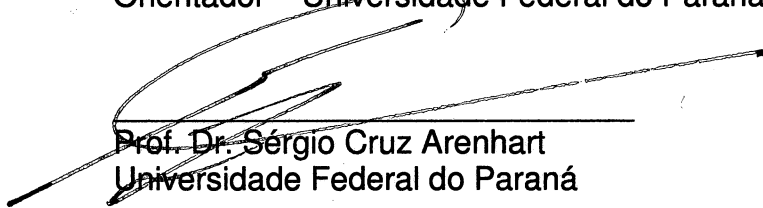
ELMER DA SILVA MARQUES

### OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO FONTE DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



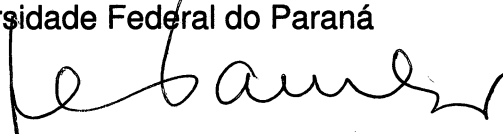
Prof. Dr. Eduardo Talamini  
Orientador – Universidade Federal do Paraná



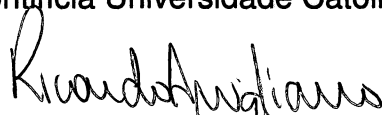
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski  
Universidade Federal do Paraná



Profa. Dra. Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Prof. Dr. Ricardo de Carvalho Aprigliano  
Universidade de São Paulo

Curitiba, 22 de outubro de 2015.

À minha mãe, Fernanda.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Eduardo Talamini, pela oportunidade, orientação e confiança.

Ao corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pelos ensinamentos e possibilidade de convivência acadêmica.

À Ana Maria, Vanessa e Mauro, servidores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, sempre dispostos a prestar o auxílio necessário.

Ao professor Edson Ribas Malachini, pelas primeiras orientações.

À Universidade Estadual do Oeste do Paraná, por ter viabilizado e permitido que eu cursasse e concluísse este programa de doutoramento.

Aos colegas que comigo cursaram o doutorado, pela companhia.

A Camila e Suelen, minhas companhias curitibanas.

— Mas que roças que ele tinha,  
irmãos das almas,  
que podia ele plantar  
na pedra avara?  
— Nos magros lábios de areia,  
irmão das almas,  
dos intervalos das pedras,  
plantava palha.  
— E era grande sua lavoura,  
irmãos das almas,  
lavoura de muitas covas,  
tão cobiçada?  
— Tinha somente dez quadras,  
irmão das almas,  
todas nos ombros da serra,  
nenhuma várzea.  
— Mas então por que o mataram,  
irmãos das almas,  
mas então por que o mataram  
com espingarda?  
— Queria mais espalhar-se  
irmão das almas,  
queria voar mais livre  
essa ave-bala.

(João Cabral de Mello Neto, *Morte e Vida Severina*)

“Estagnar ao sol, douradamente, como um lago obscuro rodeado de flores. Ter, na sombra, aquela fidalguia da individualidade que consiste em não insistir para nada com a vida. Ser no volteio dos mundos como uma poeira de flores, que um vento incógnito ergue pelo ar da tarde, e o torpor do anoitecer deixa baixar no lugar de acaso, indistinta entre coisas maiores. Ser isto com um conhecimento seguro, nem alegre nem triste, reconhecido ao sol do seu brilho e às estrelas do seu afastamento. Não ser mais, não ter mais, não querer mais... A música do faminto, a canção do cego, a relíquia do viandante incógnito, as passadas no deserto do camelo vazio sem destino...”

(Fernando Pessoa, d'*O livro do Desassossego*)

## RESUMO

A presente tese de doutoramento tem por objeto analisar as adequações necessárias à adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, compatibilizando-o com as garantias processuais previstas na Constituição Federal. Primeiramente, propõe-se um conceito de *ratio decidendi* que se entende apropriado às características da tradição do *civil law*, levando-se em consideração a falta de tradição brasileira na análise e manuseio dos precedentes judiciais. Para a adoção de um sistema de *stare decisis* no Brasil, que vise à efetivação do Estado de Direito mediante a valorização da igualdade de tratamento de casos materialmente semelhantes pelo Judiciário, garantindo a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, pretende-se adotar um sistema de respeito aos precedentes judiciais à luz das garantias do contraditório, da ampla defesa e do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, a partir do reconhecimento de que o contraditório e a ampla defesa devem ser entendidos como direito de influenciar a construção da decisão judicial e o dever de fundamentação das decisões judiciais deve ser entendido como dever de debate. Por fim, pretende-se demonstrar como a adoção de técnicas processuais, como súmulas vinculantes e procedimento de julgamento de recursos repetitivos não se confundem com a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

**Palavras-chave:** fontes do Direito; precedentes judiciais obrigatórios; garantias processuais constitucionais.

## ABSTRACT

The present doctoral thesis analyzes the necessary adjustments with a view to adopting a system of binding precedents in Brazil, reconciling it with the due process guarantees the Brazilian Federal Constitution foresees. First and foremost, we propose a concept of *ratio decidendi*, which we understand is compatible with the *civil law* tradition, taking into account the absence of a Brazilian tradition in the analysis and handling of judicial precedent. For the adoption of a system of *stare decisis* in Brazil – aimed at bringing the Rule of Law into life by assigning more weight to consistent judicial approach to materially similar cases, hence guaranteeing legal security and predictability of judicial decisions – we propose the adoption of a system of binding precedents; said system would (i) operate in light of the guarantees offered by the principles: *audi alteram partem*, broad right to defense, and the obligation to provide reasoned decisions; and (ii) have as a premise the acknowledgement that *audi alteram partem* and broad right to defense must be understood as the right to influence the construction of the judicial decision, and that the obligation to provide reasoned decisions must be understood as the obligation to debate. Finally, we set out to demonstrate how the adoption of procedural techniques, such as the Brazilian binding abridgments and the Brazilian procedure for trial of repetitive special and extraordinary appeals cannot be confused with the adoption of a system of binding precedents.

**Keywords:** sources of the Law; binding precedent; constitutional procedural guarantees.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1 AS FONTES FORMAIS DO DIREITO E A JURISPRUDÊNCIA.....	16
1.1 A PRIMAZIA DA LEI E A COMPLETUDE DO DIREITO NA TRADIÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i> .....	18
1.2 A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO .....	20
2 PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS .....	26
2.1 DOIS MÉTODOS FAMOSOS: O TESTE DE WAMBAUGH E O MÉTODO DE GOODHART .....	30
2.2 A DELIMITAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	36
2.3 OVERRULING: A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL .....	39
2.4 DISTINGUISHING: A TÉCNICA DA DISTINÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR A IGUALDADE DE TRATAMENTO .....	45
2.5 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL .....	49
2.6 A DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> : VANTAGENS E DESVANTAGENS EM SE ADOTAR UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS .....	54
2.6.1 Vantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios .....	57
2.6.2 Desvantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios...	61
3 EFICÁCIA VINCULANTE E PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO.....	65
3.1 A EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE REALIZAM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	65
3.1.1 A resolução senatorial do art. 52, X da CF e sua mutação constitucional .....	73
3.2 A EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	80
3.3 PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	84
3.3.1 Julgamento por amostragem de recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil .....	84
3.3.2 Novo Código de Processo Civil e decisões com força vinculante .....	89
3.3.3 Fundamentação da decisão judicial: identificação dos motivos determinantes e análise da similitude fática .....	91
3.4 A IDENTIFICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO .....	94
3.4.1 Precedente judicial vinculante e persuasivo .....	94
3.4.2 Jurisprudência e precedente judicial obrigatório .....	97

3.4.3 Precedente judicial, súmula e julgamento por amostragem .....	100
3.4.4 Precedente judicial obrigatório e prática argumentativa .....	101
3.4.5 Precedente judicial obrigatório proveniente dos tribunais superiores.....	104
3.5 A FORÇA GRAVITACIONAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	107
3.5.1 Força gravitacional e força de promulgação .....	107
3.5.2 A necessidade de intervenção legislativa - a força de promulgação do precedente judicial.....	110
4 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO PRODUTOR DE ENUNCIADO NORMATIVO.....	115
4.1 O SIGNIFICANTE NÃO É INSIGNIFICANTE OU O ENUNCIADO NORMATIVO COMO <i>GUARD-RAIL</i> .....	122
4.2 OUTROS LIMITES DO INTÉRPRETE: COERÊNCIA E UNIVERSABILIDADE.....	124
4.3 VAGUEZA COMO ATRIBUTO DA LINGUAGEM (CLAREZA VS. PENUMBRA) .....	128
4.4 AS CORTES SUPREMAS ENQUANTO PRODUTORAS DE PRECEDENTES JUDICIAIS .....	131
4.5 PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	135
4.5.1 Decisões parciais de validade .....	137
4.5.2 Decisões parciais de eficácia .....	140
4.5.3 Decisões parciais de interpretação.....	141
4.5.4 Decisões parciais de consequências jurídicas .....	141
4.5.5 Decisões parciais, regra jurídica e sua universalidade .....	142
4.6 DESENVOLVIMENTO E CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO BRASIL .....	146
4.6.1 Fator prático e fator teórico do desenvolvimento de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.....	146
4.6.2 O precedente judicial como fonte formal do Direito e a necessidade de uniformização da interpretação .....	148
4.6.3 Precedente judicial obrigatório e ambientes decisoriais .....	149
4.6.4 O precedente judicial interpretativo como fonte formal do Direito .....	150
4.6.5 Precedentes judiciais obrigatórios e compatibilização com as garantias processuais constitucionais .....	152
5 PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	155
5.1 PRECEDENTE JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	155
5.1.1 Formação do precedente judicial obrigatório: influência das partes sobre o convencimento judicial e participação do <i>amicus curiae</i> .....	159
5.1.2 Contraditório efetivo e influência na formação da decisão judicial.....	161

5.1.3 Legitimidade do precedente judicial e argumento da democracia.....	165
5.1.4 Decisão judicial dos tribunais superiores e precedente obrigatório .....	172
5.2 A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL MEDIANTE NOVA DECISÃO .....	176
5.2.1 A decisão judicial fundamentada em ementa de acórdão .....	181
5.2.2 Julgamento por amostragem e decisões fundamentadas em ementas de acórdãos .....	186
5.2.3 Discussão de argumentos contrários ao precedente judicial: o Judiciário como locus da discussão jurídica democrática .....	189
5.2.4 Possibilidade de realização do <i>anticipatory overruling</i> .....	194
5.2.5 Novo texto legislativo e a proposta de novo significado em primeira instância....	197
5.3 TÉCNICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULA VINCULANTE .....	204
5.3.1 Procedimento de julgamento de recurso repetitivo .....	206
5.3.2 Julgamento monocrático e respeito aos precedentes judiciais: necessidade de compatibilização dos arts. 557 do CPC/1973 e 932 do CPC/2015.....	213
5.3.3 Súmula impeditiva de recurso e respeito aos precedentes judiciais: necessidade de compatibilização do art. 518, § 1º do CPC/1973 .....	216
5.3.4 Súmulas vinculantes e enunciados abstratos .....	218
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	228
REFERÊNCIAS .....	233

## INTRODUÇÃO

Intensificaram-se os estudos e aumentaram os defensores da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, principalmente devido ao reconhecimento de que o Estado de Direito não pode ser garantido mediante a resolução, pelo Poder Judiciário, de casos iguais de maneiras diferentes, ofendendo, assim, um dos pilares do Estado de Direito: o direito fundamental à igualdade perante a lei, ao recebimento de tratamento isonômico. Aquilo que foi denominado de “jurisprudência lotérica”,<sup>1</sup> aliada à percepção de que o resultado de um processo estaria vinculado ao fator sorte,<sup>2</sup> é fruto da má compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, frequentemente invocado em conjunto com sua liberdade funcional e o direito de julgamento conforme a própria consciência.

Os estudos sobre o precedente judicial devem ser iniciados a partir da análise da prática judicial dos países herdeiros da tradição do *common law*, pois foi naqueles países que a teoria do precedente judicial obrigatório, vinculada à respectiva prática, originou-se e desenvolveu-se.<sup>3</sup> Entretanto, é importante salientar que uma prática jurídica de respeito aos precedentes judiciais não é exclusiva do sistema jurídico do *common law*: outros sistemas jurídicos – inclusive de *civil law* –

---

<sup>1</sup> “A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”. (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, abr. 2001, p. 111)

<sup>2</sup> Em 1985, Alfredo Buzaid, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em estudo tendo por objeto o procedimento de uniformização da jurisprudência, já fazia referência ao fator sorte na determinação do resultado do julgamento: “Outra atitude consiste em eliminar os dissídios jurisprudenciais, porque eles geram o desânimo nos contendores, cujos litígios ficam sujeitos a vicissitudes da distribuição à Câmara ou Turma, ao mesmo passo que produzem o descrédito do Poder Judiciário, em cujas decisões já não confiam os litigantes”. (BUZOID, Alfredo. *Uniformização da jurisprudência*. **Ajuris**, Porto Alegre, ano XII, n.º 34, jul. 1985, p. 211)

<sup>3</sup> “Ora, entre os postulados básicos da importação de modelos jurídicos – a par do exame da compatibilidade entre o órgão que se quer transplantar e o organismo que o vai receber -, avulta a investigação atenta da maneira pela qual o instituto que se pretende importar funciona praticamente no Estado de origem”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 15, n.º 18, 2º sem. 2000, p. 209)

desenvolveram uma práxis que reconhece a autoridade do precedente judicial.<sup>4</sup> Adicione-se ainda o fato de que, na Inglaterra, o *common law* existiu por quase oitocentos anos até que a doutrina do *stare decisis* fosse afirmada pela *House of Lords*. Assim, não há incompatibilidade em o sistema jurídico brasileiro – herdeiro da tradição do *civil law* – adotar uma prática de precedentes judiciais obrigatórios.<sup>5</sup>

Nestes casos em que a doutrina nacional se vale do direito comparado para o estudo e eventual adoção de práticas jurídicas estrangeiras, é imprescindível que adaptações devam ser pontualmente admitidas, permitindo assim o respeito às idiossincrasias e historicidade do direito pátrio. Esta necessidade apresenta-se com maior nitidez quando se reconhece a obrigatoriedade de se compatibilizar a teoria e a prática jurídicas com os ditames constitucionais. A importação de institutos jurídicos demanda, assim, o cuidado de ser compatibilizado com os princípios e garantias constitucionais pátrios.

A partir destas observações, a presente tese de doutoramento tem por objetivo:

Primeiro, propor um conceito de *ratio decidendi* apropriado às características da tradição do *civil law*. Para tanto, levar-se-á em consideração que sequer nas doutrinas inglesa e norte-americana houve, até o momento, a adoção de um conceito de *ratio decidendi* amplamente aceito. Ao contrário, o conceito e delimitação da *ratio decidendi* do precedente judicial continuam sendo questões amplamente discutidas nos países que adotam a tradição jurídica do *common law*.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Michele Taruffo: “Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *civil law*”. (TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V: juez y sentencia constitucional. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 795)

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni afirma que o *common law* não se confunde com o *stare decisis*, uma vez que este surgiu posteriormente à consolidação do *common law*: “O realce da distinção entre *stare decisis* e *common law*, não obstante necessário para afastar uma vulgar confusão, centra-se na preocupação deste trabalho em sustentar que o sistema de precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.º 49, 2009, p. 18)

<sup>6</sup> Afirmam Michael Abramowicz e Maxwell Stearns que a falta de regras claras e estabelecidas para promover a distinção entre *ratio decidendi* e *dicta* faz com que os juízes, por si próprios, promovam aquela distinção conforme seja necessária durante a tarefa de resolver os casos subsequentes. (ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 57, nº 4, mar. 2005, p. 958-959)

Desta forma, pretende-se apresentar um conceito de *ratio decidendi* que sirva para enriquecer o debate sobre a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil. O conceito proposto nesta tese de doutoramento leva em consideração, portanto, tanto a falta de um consenso geral entre os juristas dos países do *common law*, quanto a falta de tradição brasileira na análise e manuseio dos precedentes judiciais e de delimitação da *ratio decidendi*, o que demanda um conceito de precedente mais “concreto”. Desta forma, entendeu-se ser imprescindível propor um conceito de *ratio decidendi* em certa medida distante daquele que tradicionalmente vem sendo apresentado pela doutrina inglesa e adotado em terras pátrias.

Em seguida, pretende-se compatibilizar a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais à luz das garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, a partir do reconhecimento de que a decisão judicial fundada na aplicação de um precedente judicial importa em nova decisão que deve não apenas analisar, séria e detidamente, as alegações da parte contrárias à aplicação do precedente judicial, mas também justificar a sua aplicação.

Pretende-se, ainda, demonstrar como a adoção de técnicas processuais como as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recurso e as técnicas de julgamento de recursos repetitivos por amostragem não se confundem com a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Entretanto, como se tratam de técnicas positivadas no direito brasileiro que visam uniformizar e estabilizar o entendimento dos tribunais, promover-se-á uma breve incursão sobre aqueles institutos, a fim de propor as adaptações necessárias para sua compatibilização com as garantias e os princípios processuais previstos na Constituição Federal.

Esta tese de doutoramento está da seguinte forma estruturada:

No primeiro capítulo, promove-se uma breve incursão sobre a teoria das fontes do Direito, apenas como introito apto a demonstrar como a decisão judicial – inclusive dos tribunais superiores – era considerada uma fonte secundária do Direito; no segundo capítulo, apresenta-se a teoria do precedente judicial, a necessidade de delimitação da *ratio decidendi*, seu âmbito de aplicação, as vantagens e desvantagens em se adotar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios; no terceiro capítulo, verifica-se como se apresenta a eficácia vinculante das decisões

judiciais no direito brasileiro, principalmente a eficácia vinculante nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade e as novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil, bem como procura-se verificar como a doutrina pretende identificar quais são as decisões judiciais dotadas de efeito vinculante em um sistema de *civil law*, como o Brasil, que não adotou plenamente um sistema de precedentes judiciais obrigatórios; no quarto capítulo, demonstra-se como os tribunais superiores transformaram-se em Cortes Supremas mediante a (re)compreensão de sua função de outorgar sentido ao texto legislativo, (re)construindo a norma jurídica a partir da análise do caso litigioso sob julgamento, compreensão esta que somente é possível pelo abandono das teorias declaratórias, cognitivas, substituindo-as pela adoção de teorias relativistas; apresenta-se, então, uma proposta de conceito de *ratio decidendi* com fundamento na teoria das decisões parciais de Jerzy Wròblewsky; por fim, no quinto capítulo, apresenta-se uma proposta de compatibilização da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios compatibilizados com as garantias processuais constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, na tentativa de se evitar o indesejável movimento de pêndulo: de uma prática judicial que não garantia a igualdade de tratamento e não zelava pela unidade e coerência do Direito para uma prática jurídica que proíbe a livre discussão das teses jurídicas, impedindo a evolução do Direito e que não considera o fato de o Poder Judiciário dever ser considerado como *locus* apropriado de discussão democrática.

Em nenhum momento se afirma, nesta tese de doutoramento, que a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não permite a evolução do Direito ou o respeito às garantias processuais constitucionais. Seu *background* configura-se na percepção de que a prática – inclusive a prática judiciária – frequentemente promove uma indevida aplicação das construções teóricas e legais, e de um extremo indesejável passa-se ao outro extremo, igualmente indesejável, tal qual o movimento de um pêndulo.

Sob a perspectiva metodológica, a presente tese assenta-se sobre dois modelos bastante distintos: um modelo descritivo, principalmente no que se refere à teoria do precedente judicial nos países da *common law*, e um modelo normativo, em que se propõe um modelo de dever ser que possa compatibilizar a prática dos precedentes judiciais obrigatórios com as garantias processuais constitucionais.

Estamos, com isto, adotando a proposta de Wróblewsky de que a ciência jurídica faz considerável uso de modelos (*modelling*) como um método de representação do fenômeno analisado ou postulado. A filosofia da ciência contemporânea, como relata Wróblewsky, demonstra que a ciência nunca lida com os “fatos brutos”, mas sempre com algum tipo de “fatos simplificados”. Em um primeiro nível isso já é pressuposto pelo uso da linguagem que sempre, de alguma maneira, promove uma categorização da realidade. Isso acontece inclusive na linguagem comum natural, mas é ainda mais marcante nas linguagens artificiais construídas para propósitos específicos ou comunicação especializada (como o é a linguagem jurídica). O “modelo” construído pela ciência nada mais é que uma representação mais ou menos simplificada do objeto de estudo modelado, de tal forma que o modelo é sempre diferente do objeto modelado. O modelo mais “verdadeiro” seria aquele mais idêntico com o objeto modelado. Ao construir um modelo se abstrai as características do objeto modelo que consideramos como não relevantes para os propósitos da modelagem em um determinado campo de pesquisa. Na ciência jurídica propriamente dita, pode-se construir modelos descritivos cuja função é reconstruir algum aspecto da realidade, da prática jurídica como ela é, e modelos normativos que determinam como a realidade deve ser, valendo-se frequentemente de afirmações *de lege ferenda* e *de sententia ferenda*, assim como valorações. Pode igualmente a ciência jurídica valer-se de sistemas mistos, em parte descritivos e em parte normativos.<sup>7</sup>

A tese de doutoramento apresentada vale-se, portanto, de um modelo misto: descritivo quanto à teoria do precedente judicial dos países herdeiros da tradição do *common law* e normativo quanto ao conceito de *ratio decidendi* proposto e à necessidade de compatibilização da aplicação judicial do Direito mediante o respeito aos precedentes judiciais e às garantias processuais constitucionais.

---

<sup>7</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial application of law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 23-25.



## 1 AS FONTES FORMAIS DO DIREITO E A JURISPRUDÊNCIA

Estudar as fontes do Direito significa estudar as formas pelas quais as normas jurídicas são criadas.<sup>8</sup> Este estudo, em geral, inicia-se pela clássica divisão elaborada por François Geny entre fontes materiais e fontes formais. Esta classificação leva em consideração a diferença dicotômica entre o *dado* e o *construído*. Explica-se: as fontes materiais, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, são os elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos), os elementos históricos (a conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), os elementos racionais (a elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e os elementos ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). As fontes formais são as formas solenes que promovem a elaboração técnica da norma jurídica a partir das fontes substanciais, de tal forma que as fontes formais constituem o *construído* a partir dos elementos *dados*, isto é, a partir das fontes materiais.<sup>9</sup>

Miguel Reale considera as fontes materiais como o fundamento ético ou social das normas jurídicas: seu estudo seria, na verdade, um estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das normas jurídicas, de tal forma que estaria fora do âmbito de estudo da Ciência do Direito, devendo ser estudadas pela Filosofia e pela Sociologia, por exemplo.<sup>10</sup> Reale considera que as fontes do Direito seriam apenas “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”.<sup>11</sup> Ainda segundo Reale, dentre aqueles processos ou

---

<sup>8</sup> “El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo ‘fuentes del derecho’”. (NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 148)

<sup>9</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

<sup>11</sup> Idem.

meios pelos quais o Direito se manifesta como estrutura normativa, uma ordenação vigente e eficaz, estariam o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.<sup>12</sup>

A presente tese de doutoramento versa, *ultima ratio*, sobre o estudo das fontes formais do Direito, especificamente sobre a configuração do precedente judicial como fonte formal do Direito: como um precedente judicial – em um sistema jurídico de *civil law* - pode ser considerado fonte formal do Direito.

Para a análise proposta nesta tese, faz-se necessária a adoção de um conceito operacional de fonte formal do Direito, isto é, de um conceito de fonte formal que, sem ter pretensão de ser definitivo, atue como um sentido consensual, uma (pré-)compreensão temporariamente aceita, servindo como ponto de partida e fundamento para o desenvolvimento do tema.

Nestes termos, considerar-se-á como fonte formal do Direito as formas pelas quais se introduz ou se modifica normas jurídicas. Um processo, meio, ou forma somente podem ser considerados fonte formal do Direito quando respeita a regra de *input* no ordenamento jurídico: por meio dela, há a inserção ou modificação de uma norma jurídica.

Como o objeto do presente estudo versa sobre precedente judicial, pode-se dizer que em um sistema jurídico que reconhece a autoridade do precedente judicial, este pode constituir-se em fonte formal do Direito, na medida em que o precedente judicial obrigatório é uma das formas de introdução e modificação de normas jurídicas, não mais apenas no sentido iluminista de declaração do Direito preexistente, mas sim admitindo um caráter criativo, de *locus* de construção do Direito. O precedente judicial obrigatório constitui-se, portanto, em um instrumento de *input* do ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Nos países da *common-law*, o precedente judicial, além de resolver o litígio, possui a função de criar o Direito. Nas palavras do Justice Scalia: “Common-law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. All adjudicators - French judges, arbitrators, even baseball umpires and football referees - do that. But the second function, and the more important one, was to *make* the law”. (SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner lectures of human values**. Salt Lake City: Tanner Humanities Center, 1995, p. 82. Disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf). Acesso em: 09/05/2015)

## 1.1 A PRIMAZIA DA LEI E A COMPLETUDE DO DIREITO NA TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW*

Em um ordenamento jurídico de *civil law*, a lei positivada, posta pelo legislador, é o centro nevrálgico do sistema. Correlacionada a esta primazia da lei como fonte normativa está a ideia de preexistência das normas jurídicas, que devem ser apenas “descobertas” ou “encontradas” no ordenamento jurídico (positivado, posto pelo legislador) pelo intérprete, principalmente pelos juízes. Não cabe ao juiz “criar o Direito”, introduzindo ou modificando normas jurídicas, bastando apenas declarar sua existência a partir da análise dos textos normativos.

Esta teoria, chamada de cognitivista, formalista ou tradicional, tem sua origem nas ideias do Iluminismo (soberania popular e divisão dos poderes: a criação de normas jurídicas é de competência do Poder Legislativo, composto por representantes eleitos pelo povo), nos ideais da Revolução Francesa (e a necessidade de controlar e limitar o poder dos juízes, ligados que estavam aos interesses do *ancient régime*) e na codificação napoleônica (e a ideia de que os códigos teriam as normas necessárias e suficientes para regular todo e qualquer litígio levado à solução do Judiciário).<sup>14</sup>

Haveria, assim, uma nítida separação entre o Poder Legislativo (poder político, composto por representantes eleitos pelo povo com a função de criar o Direito mediante normas gerais) e o Poder Judiciário (poder técnico, composto por técnicos jurídicos e com a função de aplicar as leis gerais elaboradas pelo poder político). A tarefa dos juízes é aplicar as normas gerais criadas pelo legislador ao plano concreto, pressupondo, portanto, a divisão entre criação e aplicação do Direito.<sup>15</sup>

A oposição entre *law-making* (a criação abstrata e geral das normas jurídicas) e *law-application* (a criação de decisões concretas e individuais) é característica

---

<sup>14</sup> BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del Derecho, Cidade do México, n.º 18, abr. 2003, p. 8.

<sup>15</sup> Idem.

marcante dos sistemas jurídicos que dão primazia à lei escrita. Essa oposição é manifestada na separação funcional do Parlamento e dos Tribunais.<sup>16</sup>

Para tanto, pressupõe-se que o Direito é completo e coerente. A codificação foi o primeiro intento sério de se alcançar um Direito completo e coerente. Conceber que a legislação é completa e coerente é uma condição necessária para poder exigir do juiz que se limite a aplicar as normas positivadas, sem introduzir modificações ou mudanças nas normas gerais.<sup>17</sup>

Tradicionalmente, os juristas veem o ordenamento jurídico de um país de forma monista, isto é, como um todo homogêneo. Isto ocorre porque identificam o Direito com o Estado: em um único território e em um dado momento histórico só pode haver lugar para uma soberania. E, se forem manifestadas “exceções em relação a esta unidade do sistema jurídico, tentarão mantê-las na ordem, supondo que os direitos aparentemente distintos não são realmente eficazes senão por uma delegação do monopólio legislativo consentido pelo Estado”.<sup>18</sup>

Esse fenômeno normativo está longe de se constituir em um movimento natural da sociedade, constituindo-se mais como um processo consciente de engenharia social deliberadamente posto para funcionar: a prevalência dada à lei como fonte do Direito serve como instrumento de modificação da sociedade. Como afirma Carbonnier, na Idade Média a Europa era uma “manta de retalhos de sistemas jurídicos”.<sup>19</sup> O monismo jurídico ganharia força como reflexo do fortalecimento das monarquias absolutas e, posteriormente, com a consolidação do projeto de governo jacobino e centralização napoleônica, “mas não há nada disso que se refira à própria essência do direito”.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial**..., p. 4: “The opposition between law-making and application law is controversial both in theory and in ideology, but for systems of statutory law such an opposition is presupposed as based on the distinction between abstract and general rules and concrete and individual rules or decisions”.

<sup>17</sup> BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 9.

<sup>18</sup> CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 213. Dizer que o Estado é a única fonte do Direito “é a um só tempo definir certo tipo de ordem normativa que faz a geração das normas remontar ao Estado e afirmar que todas as normas pertencem ao espaço estatal, com a exclusão de qualquer outro espaço normativo”. (DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46)

<sup>19</sup> CARBONNIER, *op. cit.*, p. 215.

<sup>20</sup> Idem.

Ao afirmar que um precedente judicial é uma fonte formal do Direito, é preciso compatibilizar essa afirmação com o sistema jurídico brasileiro, herdeiro da tradição do *civil law* e instituído dentro de um modelo constitucional fundado na separação dos poderes e no respeito às garantias e direitos fundamentais – expresso e implicitamente – acolhidos pela Constituição pátria: de que forma o precedente judicial é considerado fonte formal do Direito em um sistema de *civil law*? Quais são os pressupostos para que o precedente judicial seja aceito como fonte formal do Direito sem que haja ofensa ao princípio democrático (separação de Poderes) e às garantias e direitos fundamentais (principalmente as garantias do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa e do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais)?

Para resolver estas questões é preciso delimitar o que se entende por precedente judicial, de que forma pode o precedente judicial ser considerado uma fonte formal do Direito em um sistema jurídico de *civil law* e, principalmente, demonstrar como uma decisão judicial que aplica um precedente judicial – isto é, que reconhece ou não um direito com fundamento em um precedente judicial – possa estar constitucionalmente compatibilizada.

## 1.2 A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

O termo “jurisprudência” tradicionalmente recebeu três significados distintos: a) como sinônimo de Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, sendo grafada, quando recebe esse sentido, com inicial maiúscula (Jurisprudência); b) como conjunto de decisões de um tribunal, abrangendo tanto a jurisprudência uniforme quanto o conjunto de decisões que decidiu de forma contraditória entre si, não gerando uniformidade de entendimento; c) em sentido estrito, como o conjunto de decisões uniformes de um tribunal.<sup>21</sup>

Nos países da tradição do *common law*, uma única decisão judicial pode se constituir em precedente judicial obrigatório. Mas tradicionalmente o estudo da

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 88.

jurisprudência enquanto fonte formal do Direito nos países da tradição do *civil law* indicava direção oposta: não bastaria uma única decisão do tribunal para que se constituísse jurisprudência apta a ser considerada fonte do Direito. Para que isto acontecesse, era necessário que a jurisprudência fosse “uniforme e constante”.<sup>22</sup>

Esta concepção é um dos motivos pelos quais a jurisprudência – enquanto fonte do Direito – era comparada ao costume: embora sabidamente institutos distintos e inconfundíveis, eram ligados pelas características da uniformidade e constância.

Bonnetcase afirma que o fato de a jurisprudência refletir o estado atual do Direito a respeito das soluções dadas a determinadas questões, e que aquelas soluções tendem a uma “unidade de critério”, muitos são levados a pensar que a jurisprudência seria uma fonte formal do Direito. Mas adverte que uma concepção deste jaez é fruto de espíritos desprovidos de cultural jurídica geral, não passando de mera ilusão. A jurisprudência não pode ter, em um sistema de direito positivo, a mesma função da lei, cuja observância assegura.<sup>23</sup>

Mesmo quando considerada fonte do Direito, a jurisprudência não era considerada obrigatória, tendo Washington de Barros Monteiro afirmado que “por mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte formal do direito positivo”.<sup>24</sup> A jurisprudência não era vista como fonte capaz de criar norma geral e obrigatória para os casos futuros, levando Vicente Ráo a afirmar que “o mesmo juiz poderá aplicar preceito diverso a casos idênticos e futuros, se assim entender”.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*”. (itálico no original) (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 151)

<sup>23</sup> BONNETCASE, Julien. **Introducción al estudio del Derecho**. Puebla: José M. Cajica Jr., 1944, p. 186-187.

<sup>24</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

<sup>25</sup> RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 293. Mais adiante, entretanto, Vicente Ráo tenta relativizar aquele entendimento, valendo-se de afirmação que, em nosso sentir, é absolutamente contestável: “Mas, na realidade, a jurisprudência, quando se afirma em certo sentido e se revela por modo constante, atua *de fato*, como se fora um direito normativo, porque os juízes *sempre* a aplicam aos novos casos concretos”. (itálico no original) (Ibid., p. 295)

Alfredo Buzaid, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, expressamente consignou que o juiz, ao sentenciar, deve se nortear “pela sua ciência e consciência” e que os precedentes judiciais, “por mais respeitáveis que sejam, não obrigam os Juízes, que continuam independentes, livre de qualquer subordinação superior no exercício da função jurisdicional”, uma vez que a necessidade de “respeitar-lhes a independência exclui qualquer subordinação aos arestos dos altos tribunais”. Arremata, então, que os precedentes judiciais podem constituir um “valioso subsídio para ajudar a exegese, mas carecem de força vinculativa; os Juízes podem aceitá-los, se se convencem da virtude da solução que adotam. Mas esse é um ato de legítima liberdade, não tendo outro limite que o espírito de justiça”.<sup>26</sup>

Em geral, os países que adotam a tradição do *civil law* concedem a primazia de instituição das normas jurídicas às fontes legislativas, às normas positivadas, apontando as demais fontes – como o costume e a jurisprudência – como fontes subsidiárias ou secundárias do Direito.<sup>27</sup>

Em 1946, o professor de Direito Comparado da Universidade de Cambridge, Kurt Lipstein, analisando as fontes do Direito na França e na Alemanha, enunciou alguns dos motivos pelos quais uma doutrina de respeito aos precedentes judiciais, principalmente negando-se em conceder aos precedentes judiciais o *status* de fonte do Direito, não se consolidou na Europa continental.

Em primeiro lugar, o fato de as Cortes Superiores nos países do continente exercerem a função de Corte de Cassação (como na Itália e na França), visando à anulação das decisões judiciais dos tribunais inferiores, não lhes cabendo impor seu modo de interpretar as leis aos demais níveis da hierarquia judicial.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> BUZAID, Alfredo, *op. cit.*, p. 210. Em seguida, entretanto, reconhece o valor da jurisprudência uniforme e a necessidade de ser seguida pelos juízes. A autoridade dos precedentes judiciais, segundo Buzaid, não impõe aos juízes um humilhante servilismo, que lhes acarreta abdicação da razão: ao contrário, o respeito à jurisprudência uniforme “é um bem para a estabilidade da ordem jurídica. Inspira confiança, guarda acatamento aos órgãos superiores da Justiça e mantém autoridade”. (*Ibid.*, p. 212)

<sup>27</sup> “Ao inverso dos sistemas ditos de *common law*, em que a autoridade do direito romano nunca foi reconhecida e em que a lei é apenas uma fonte secundária do direito que corrige e completa um *corpus* de regras jurisprudenciais, os sistemas da tradição romano-germânica parecem excluir outras fontes que não sejam de origem legislativa ou mais amplamente de direito escrito (leis e regulamentações)”. (DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 72.)

<sup>28</sup> “The position is the same in those countries where the highest court exercises a jurisdiction of cassation whereby decisions of the lower courts can only be quashed and if quashed must be referred back for a new trial (e.g., France, Italy). This factual supervision of the legal development must not be under-estimated even if, from the point of view of judicial hierarchy, the Supreme Court (*Reichsgericht, Cour de Cassation*) cannot, as a rule, directly impose its views upon the great number of small courts”.

Em segundo lugar, a recepção do Direito Romano nos séculos XV e XVI na Europa Central, principalmente o Direito Romano codificado por Justiniano, gerando a sua superposição sobre os sistemas jurídicos nacionais, assumindo, de certa forma, a função de direito comum da Europa Central. Mas essa recepção não ocorreu sem dificuldades: ao contrário, a recepção desenvolveu-se de forma não homogênea em diversas partes da Europa Central. Na Alemanha, por exemplo, o desenvolvimento da “jurisprudência dos conceitos” pregava a necessidade de se encontrar, por intermédio de métodos interpretativos gerais, a regra de direito romano aplicável ao caso litigioso. Nesse sistema, qualquer poder criativo era negado aos juízes, cuja tarefa era empregar um processo mecânico de silogismo judicial e aplicar a regra geral e abstrata aos fatos da causa. Na França, a restrita técnica de interpretação do texto legislativo foi definitivamente estabelecida com o advento do código civil francês de 1804 e o surgimento da Escola de Exegese.<sup>29</sup>

Quando se confronta com lacunas na lei, a Corte deve colmatá-las, mas essa prática em nada implica na possibilidade de os juízes criarem novas regras jurídicas. Os métodos de preenchimento das lacunas visam “descobrir” as regras mediante o estudo da vontade do legislador, da vontade da lei, empregando-se métodos próprios como o recurso à analogia, argumentos *ad contrarium*, pesquisas dos debates parlamentares que levaram à aprovação da lei etc.<sup>30</sup>

Mesmo diante das diferenças históricas e sistemáticas entre as tradições do *common law* e do *civil law* e das diferentes perspectivas de entendimento acerca do papel das decisões judiciais em cada uma daquelas tradições, o respeito aos precedentes judiciais não é uma regra própria ou exclusiva da tradição do *common law*: é, na verdade, uma demanda racional do Direito de que casos iguais sejam tratados de forma igual. A diferença é que, nos países cujo ordenamento jurídico teve sua origem na herança da tradição do *common law*, os precedentes judiciais são vistos como fonte do Direito e, portanto, podem vincular os julgadores futuros. Por sua vez, as decisões judiciais nos países que herdaram o *civil law* tradicionalmente não são consideradas fontes do Direito, o que não impedem de

---

(LIPSTEIN, Kurt. The doctrine of precedent in continental law with special reference to French and German law. **Journal of the Society of Comparative Legislation and International Law**, Londres, 3ª série, v. 28, nº 3-4, 1946, p. 37)

<sup>29</sup> Ibid., p. 39-40.

<sup>30</sup> Ibid., p. 35.



serem seguidas, mas não da forma como acontece nos sistemas jurídicos da *common law*.<sup>31</sup>

No Direito inglês (e, por extensão, nos países que herdaram a tradição jurídica do *common law*) afirma John Salmond que o precedente “fala” com autoridade: ele não é apenas evidência do Direito, mas sim fonte do Direito, de forma que os juízes estão vinculados a seguir o Direito estabelecido pelo precedente.<sup>32</sup> Ao contrário do que ocorra nos países da *civil law*, “a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito”.<sup>33</sup>

Por sua vez, a jurisprudência – enquanto conjunto uniforme de decisões de um tribunal – possui conceito e função diferentes do precedente judicial: enquanto a jurisprudência é vista como fonte subsidiária ou secundária do Direito, como método de integração do ordenamento jurídico, como forma de revelação do Direito existente, o precedente judicial, nos países da *common law*, é visto como fonte do Direito, como instrumento de criação de normas jurídicas.

A jurisprudência nos países da *civil law* surgia tendo como fundamento a adoção da teoria cognitivista: o conjunto de decisões expressava o direito existente, “encontrado” nas leis positivadas postas pelo Estado; por sua vez, o precedente judicial inglês, por diversas razões históricas, assumiu desde o início a função de criar o Direito, seja devido à ausência de um conjunto de leis positivadas com pretensão de completude, seja devido aos poderes historicamente dados ao juiz inglês como forma de afirmação do poder real a partir da invasão normanda da Inglaterra.

---

<sup>31</sup> “So by no means is reliance on judicial precedents a unique feature of English law or other common law systems. What is unique is that English precedents are capable of possessing the quality of a proper source of law and can bind future judges suitably positioned in the judicial hierarchy unless overruled or distinguished. Continental judicial decisions are not normally accorded the status of a source of law as such but they can nevertheless be followed, and in fact often are”. (VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. **Jura Falconis**. Leuven: KULeuven, nº 21, nº 3, 1984-1985, p. 318)

<sup>32</sup> “A judicial precedent speaks in England with authority; it is not merely evidence of the law but a source of it; and the courts are bound to follow the law that is so established”. (SALMOND, John William. **Jurisprudence**. 4ª ed. London: Stevens and Haynes, 1913, p. 159) No mesmo sentido: “The sources of law recognized by common law courts are generally understood to include not only legislation and constitutions but also prior judicial decisions”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. (Coord.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 27)

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas...**, p. 60.

Tanto na *civil law* quanto na *common law* a noção de precedente assume uma perspectiva temporal, i. e., o precedente se projeta para o futuro a fim de servir de parâmetro de decisão para os julgamentos futuros:

Nos sistemas de *civil law*, normalmente precedentes têm seu valor num conjunto de outras decisões no mesmo sentido, que demonstram haver um certo consenso a respeito da matéria decidida. Excepcionalmente, no *civil law*, faz-se menção a *uma* decisão judicial, qualificando-a como *um* precedente. Claro que a noção de precedente só tem razão de ser se se projeta no futuro a ideia de que este deve servir de parâmetro ou se isso efetivamente ocorre. Ou seja, só a perspectiva temporal, tanto no *civil law* quanto no *common law* é que explica ver-se, na decisão, um precedente. No entanto, no *common law*, é justamente a regra geral a de considerar-se *um* precedente como relevante para o sistema.<sup>34</sup>

Mas em que exatamente se constitui um precedente judicial à luz da experiência histórica e prática do Direito inglês? Como ele se diferencia da noção de jurisprudência dos países da *civil law*, principalmente da noção de jurisprudência dominante? O segundo capítulo é destinado a propor respostas a estes questionamentos.

---

<sup>34</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

## 2 PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

Na tradição processual brasileira, a decisão judicial tem como seu centro nevralgico o dispositivo, a tal ponto que se afirma que a sentença sem dispositivo é inexistente.<sup>35</sup> É no dispositivo da sentença que se estabelece a norma jurídica concreta que irá regular o litígio trazido ao Judiciário para pacificação.

Correlatamente, a coisa julgada é entendida como a qualidade que recai sobre os efeitos da sentença, tornando imutável a norma jurídica concreta formulada pelo julgador e que consta no dispositivo decisório.<sup>36</sup>

Mas identificar a *ratio decidendi* um precedente judicial não é encontrar a solução dada ao caso concreto pelo Judiciário, mas sim delimitar as razões da decisão, isto é, a *ratio decidendi* da decisão judicial. A busca pela *ratio decidendi* do precedente judicial desloca o foco de atenção do jurista do dispositivo para a fundamentação. É sobre esta última que se deve concentrar os esforços na busca da *ratio decidendi* que constitui a parte vinculante do precedente judicial.<sup>37</sup>

Há, assim, uma importante e fundamental diferença entre a norma jurídica concreta formulada pelo julgador e a *ratio decidendi* de um caso: enquanto aquela se encontra no dispositivo da decisão e tem por função pacificar um litígio, resolver um conflito de interesses, dando segurança jurídica às partes envolvidas, a função

---

<sup>35</sup> “O dispositivo é o cerne da sentença. É o aspecto que confere identidade ao pronunciamento, que permite configurá-lo como sentença. Consiste no comando jurisdicional, a razão de ser da sentença. Apenas mediante a identificação e compreensão desse comando (*decisum*) é que se torna possível afirmar que o ato em questão é uma sentença e definir os efeitos principais dali extraíveis (extinção do processo com ou sem julgamento de mérito; acolhimento ou rejeição do[s] pedido[s]; proporções do acolhimento etc.). Eis porque se afirma a inexistência jurídica, como sentença, do ‘ato’ em que falta *decisum* (comando)”. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 309-310)

<sup>36</sup> Segundo lição sempre citada de Enrico Tullio Liebman: “a linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 6)

<sup>37</sup> “Ora, a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente; esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão. Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, ano 35, nº 184, jun. 2010, p. 33)

da *ratio decidendi* extrapola o interesse das partes em litígio. É a *ratio decidendi* que demonstra a tese jurídica adotada e que levou à formulação da regra jurídica concreta e que, presumivelmente, será adotada (a tese jurídica) novamente, em futuro litígio juridicamente semelhante, para a resolução deste. É na *ratio decidendi* que se encontram as razões, as justificativas expostas não somente às partes em litígio, mas também à coletividade, cumprindo com o requisito próprio do Estado de Direito de fundamentar racionalmente a decisão tomada. Enquanto o dispositivo fixa a norma para o caso concreto, solucionando-o, a *ratio decidendi* fixa as pautas de conduta para a sociedade, conferindo-lhe segurança e previsibilidade.<sup>38</sup>

A coisa julgada é instituto ligado umbilicalmente ao dispositivo da sentença, ao passo que o efeito vinculante de uma decisão é próprio da *ratio decidendi*, das razões da decisão. Enquanto a coisa julgada torna indiscutível o litígio entre as partes, o efeito vinculante concede autoridade a uma tese jurídica, à interpretação adotada sobre o alcance e o sentido de uma norma jurídica, aos motivos determinantes da decisão.<sup>39</sup>

O precedente judicial, nesta perspectiva, estabelece parâmetros de comportamento, pautas de conduta, provendo os atores sociais com as informações necessárias para antecipar as consequências jurídicas de suas ações ou omissões. O respeito ao precedente judicial reduz as incertezas e permite aos indivíduos moldarem seu comportamento de acordo com as regras estabelecidas de forma estável.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> “[...] mais do que meramente decidir uma relação jurídica entre duas partes (percepção talvez remanescente da visão privatista do direito e do processo), ao ‘dizer o direito’ o Judiciário, nesse momento, também está a *fixar pautas de conduta para [a] sociedade*”. (itálico no original) (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 134) Também Neil Andrews, sobre a função do precedente judicial como orientação jurídica aos operadores do Direito: “Finalmente, operadores do direito extraem orientação jurídica das decisões de Tribunais Superiores, pois estas decisões são precedentes para decisões futuras e revelam tendências, em vários campos do direito”. (ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 36, v. 192, p. 99-127, fev. 2011, p. 108) E ainda: “[...] in a system of public decisions, others who observe the outcomes of prior cases will tend to expect consistent decisions in the future and will adjust their behavior accordingly”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 28)

<sup>39</sup> “A eficácia vinculante almeja isolar os fundamentos determinantes da decisão, impedindo que os órgãos públicos que aplicam o direito possam negá-los. Assim, além de não se limitar ao dispositivo, a eficácia vinculante não se volta a dar segurança às partes, e, portanto, está muito distante da coisa julgada”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante..., p. 32)

<sup>40</sup> “Supreme Court opinions set up referents for behavior by providing actors with information necessary to anticipate the consequences of their actions. Adherence to precedent, moreover,

Para cumprir com aquela função de estabelecimento de pautas de conduta, é imprescindível que o conteúdo das decisões judiciais possam ser tornadas conhecidas pelos seus destinatários sociais. Garantir que o conteúdo das decisões judiciais não sejam conhecidas apenas pelas partes do processo, ou que sejam documentadas apenas para compor os arquivos do processo é, segundo Wróblewsky, altamente relevante para o funcionamento social do Direito, na medida em que as decisões judiciais constituem-se em forma de moldar a consciência jurídica da sociedade através da disseminação da informação sobre as decisões de aplicação do Direito. Por essa razão, a forma e o escopo da publicação das decisões de aplicação do Direito possui uma importante relevância social.<sup>41</sup> Nesse sentido, o art. 927, § 5º do CPC/2015 determina que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

A relativa facilidade em se encontrar a norma jurídica concreta formulada para a solução do litígio, delimitada pelo dispositivo da decisão, contrasta com a dificuldade em se delimitar a *ratio decidendi* da decisão. A questão é agravada devido à ausência de critérios compartilhados pelos operadores do direito destinados à análise dos precedentes judiciais, até mesmo para casos nem tão complexos.<sup>42</sup>

Na Suprema Corte norte-americana, enquanto raramente se discute a extensão e a natureza do *stare decisis*, recebe grande atenção as discussões referentes à delimitação da *ratio decidendi*. Assim, antes de decidir se aplica ou não um precedente judicial, o tribunal deve, primeiro, identificar o que o precedente quer estabelecer. A falta de regras claras e estabelecidas para promover aquela distinção faz com que os juízes, por si próprios, promovam a distinção entre *ratio decidendi* e

---

facilitates this process by reducing uncertainty and thus allowing individuals to shape their behavior according to stable legal rules”. (SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U. S. Supreme Court Precedent. **The journal of politics**, Tucson/Washington, v. 63, nº 4, nov. 2011, p. 1092)

<sup>41</sup> “This last form is highly relevant for the social functioning of law, since it can be a means of shaping the society’s legal consciousness through dissemination of information about the decisions implementing the law. For this reason, the manner and scope of publication of law-applying decisions has a considerable social relevance”. (WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial...**, p. 12)

<sup>42</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell, *op. cit.*, p. 956.

*dicta* conforme seja necessário durante a tarefa de resolver os casos subsequentes.<sup>43</sup>

Algumas vezes, os juízes que proferem a decisão que se constituirá em precedente judicial identificam com precisão a *ratio decidendi* (chamada de *holding* no direito norte-americano) da decisão proferida. Com isto, eles presumivelmente consideram que as demais proposições que se encontram na fundamentação, por mais persuasivos e aparentemente relevantes que possam ser, constituem-se *dicta*, isto é, não são vinculantes. Mas o mais comum é que os juízes ofereçam delimitações imprecisas, e algumas vezes nenhuma delimitação do que eles consideram ser a *ratio decidendi*, deixando o trabalho de separar a *ratio decidendi* da *dicta* inteiramente ao trabalho do intérprete.<sup>44</sup>

Esta, portanto, é a situação daquele que procura delimitar a extensão e o sentido de um precedente judicial: embora não haja critérios uniformes e amplamente admitidos para a realização da tarefa, cabe ao intérprete – advogado, juiz da causa subsequente, cidadão no ato de adoção da pauta de conduta – a análise da decisão que constitui o precedente judicial, fixando os motivos racionalmente apresentados que realmente vinculam, que fixam a pauta de conduta, daquilo que é meramente acessório, tangencial, é dizer, que não vincula: a *dicta*.<sup>45</sup> Facilmente se verifica que a tarefa, justamente devido à ausência de critérios uniformes adotados pelos intérpretes do precedente judicial, pode levar à falta de uniformidade na identificação e delimitação da *ratio decidendi*, causando prejuízos à segurança jurídica e previsibilidade que se espera sejam alcançados com a fixação e adoção do precedente judicial.

Nos países que herdaram a tradição jurídica do *common law*, a ausência de um acordo sobre os critérios para promover a distinção entre *ratio* e *dicta*,

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 957-958.

<sup>44</sup> “Judges sometimes identify their holdings with precision. In so doing, they imply that all other aspects of the discussion - however persuasive and seemingly relevant they might be to the immediate case disposition - are instead dicta. More frequently, however, judges offer looser characterizations, and sometimes none at all, leaving the task of decoding dicta and holding entirely to the reader”. (Ibid., p. 955)

<sup>45</sup> Assim como “data”, a palavra “dicta” pode ser usada como um nome coletivo que se refere a um elemento que pode se apresentar como singular ou plural. Por sua vez, a palavra “dictum” pode se referir apenas a um elemento singular. Desta forma, enquanto a expressão “obiter dictum” é utilizada para se referir a uma única proposição que não vincula, a palavra “dicta”, analogamente à utilização de “holding” pode se referir a uma ou mais proposições. (Ibid., p. 955, nota de rodapé nº 3)

entretanto, não parece ameaçar a coerência do sistema jurídico ou lançá-lo ao caos, o que não retira a importância de seu estudo: as incertezas conceituais que decorrem da falta de rigor em identificar *ratio decidendi* e *dicta* resultam em grandes dificuldades práticas, principalmente ao decidir os casos mais difíceis.<sup>46</sup>

Embora não haja acordo quanto aos critérios para se definir a *ratio decidendi*, dois métodos ganharam notoriedade na doutrina dos países da *common law*: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

## 2.1 DOIS MÉTODOS FAMOSOS: O TESTE DE WAMBAUGH E O MÉTODO DE GOODHART

O teste de Eugene Wambaugh preconiza que nem tudo o que consta na fundamentação da decisão configura-se em *ratio decidendi*. Para encontrar quais proposições realmente vinculam os julgadores subsequentes, Wambaugh propõe o seguinte teste: deve-se inverter o sentido de uma palavra ou de uma frase da proposição analisada; se, mesmo invertido o sentido da palavra ou frase, pode-se chegar à mesma conclusão anteriormente obtida, neste caso a proposição não se configura como *ratio decidendi*; inversamente, se invertido o sentido da palavra ou da frase a corte não puder mais obter a mesma decisão, neste caso, a proposição integra a *ratio* do caso.<sup>47</sup> Entretanto, este método não funcionaria em casos que possuam proposições alternativas, ou seja, dois ou mais fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à decisão.<sup>48</sup> Neste caso, quando o julgamento se fundamenta em duas proposições que, isoladamente, seria cada uma delas suficiente para se alcançar a conclusão, o teste da inversão proposta por

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 958-959.

<sup>47</sup> “Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also”. (WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. A course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894, p.17)

<sup>48</sup> ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell, *op. cit.*, p. 1056-1058.

Wambaugh resultaria na constatação de que ambas as proposições são *obiter dicta*, nenhuma delas se constituindo em *ratio decidendi*.<sup>49</sup>

Arthur Lehman Goodhart desenvolveu outro famoso método de determinação da *ratio decidendi* enquanto professor da Universidade de Oxford, cuja ênfase é dada aos fatos da causa. Para o método de Goodhart, o primeiro e mais importante passo na determinação da *ratio decidendi* (por ele denominada de *principle of a case*) é determinar os fatos materiais nos quais o julgador fundamentou sua conclusão.<sup>50</sup>

Não basta, portanto, determinar quais os fatos da causa, mas sim quais são os fatos materiais, isto é, aqueles que foram levados em consideração pelo julgador como fundamento de sua decisão. Esta tarefa não é fácil, uma vez que, em geral, os julgadores não determinam expressamente quais fatos estão sendo considerados materiais e quais fatos estão sendo considerados imateriais, isto é, fatos que, embora tenham ocorrido, sua valoração não é necessária para o destino da decisão. Nestes casos, caberá às cortes futuras determinar se um caso narrado na decisão primitiva constitui ou não um fato material, é dizer, se faz parte da *ratio decidendi*.<sup>51</sup>

Goodhart apresenta alguns critérios para a diferenciação entre fatos materiais e fatos imateriais:

a) os fatos relativos à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, salvo se lhes for dada ênfase de tal monta que possa ser interpretado como material;<sup>52</sup>

b) os fatos que a corte expressamente considerou como imateriais devem ser considerados como tais. Em *People v. Vandewater*, o réu era acusado de manter ilicitamente um lugar para venda e consumo de bebidas alcoólicas, causando

<sup>49</sup> “Where a case contains two independent operative *rationes*, in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither *ratio* is necessary to the decision”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 77)

<sup>50</sup> “The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion”. (GOODHART, Arthur Lehman. Determining the *ratio decidendi* of a case. **Yale Law Journal**, v. XL, nº 2, dez. 1930, p. 169)

<sup>51</sup> “It is only the strong judge, one who is clear in his own mind as to the grounds for his decision, who invariably says, ‘on facts A and B and on them alone I reach conclusion X’. Too often the cautious judge will include in his opinion facts which are not essential to his judgment, leaving it for future generations to determine whether or not these facts constitute a part of the *ratio decidendi*”. (Ibid., p. 173)

<sup>52</sup> Ibid., p. 174.



tumulto e desordem. Entretanto, o fato de o local causar tumulto e desordem foi expressamente considerado como um fato irrelevante. Isto é, o réu foi considerado culpado pelo simples fato de manter ilicitamente um local para venda e consumo de bebidas alcoólicas, pouco importando que o local desse causa ou não a desordens. Neste caso, o precedente para os futuros casos aplica-se tanto para as hipóteses em que do local resultou desordem quanto para as hipóteses em que do estabelecimento comercial ilícito não resultou desordem alguma.<sup>53</sup> Goodhart apresenta o seguinte esquema:<sup>54</sup>

Fatos da causa

Fato I: D mantém um local ilícito de comércio de bebidas alcoólicas.

Fato II: Esse lugar ilícito causava desordens e barulho.

Conclusão: D é culpado por causar o distúrbio.

Fatos Materiais como visto pela Corte

Fato I. D mantém um local ilícito de comércio de bebidas alcoólicas.

Conclusão: D é culpado por causar o distúrbio.

c) averiguar os fatos que a corte implicitamente considerou como imateriais. Este é o critério que apresenta o maior grau de dificuldade. Pode-se considerar implicitamente imaterial um fato quando a corte, depois de ter relatado os fatos da causa, escolhe um número menor de fatos sobre os quais desenvolve a fundamentação da sua decisão. Os fatos omitidos são presumivelmente imateriais. Goodhart ilustra este critério com a análise do caso *Rylands v. Fletcher*. Neste caso, o réu contratou um construtor independente – empreiteiro - para construir um reservatório em sua propriedade. Devido à negligência do empreiteiro, a água escoou do reservatório e inundou as minas da propriedade do vizinho, autor da ação. O réu foi considerado responsável pelos danos causados ao autor. Pode-se considerar, então, que a *ratio decidendi* deste caso determina que aquele que constrói um reservatório em sua propriedade responde pela negligência do empreiteiro contratado? Não. Após relatar os fatos narrados acima, os julgadores ignoraram o fato de o empreiteiro ter agido com negligência e fundamentaram sua decisão no fato de que da construção de um reservatório artificial resultou prejuízo ao proprietário vizinho. A negligência do empreiteiro foi implicitamente considerada

<sup>53</sup> “The case is, therefore, a binding precedent in all future cases in which either orderly or disorderly illicit drinking places are kept”. (Idem)

<sup>54</sup> Idem.

um fato imaterial pela corte. Para este caso, Goodhart apresenta o seguinte esquema:<sup>55</sup>

Fatos da causa

Fato I. D construiu um reservatório em sua propriedade.

Fato II. O empreiteiro que construiu o reservatório foi negligente.

Fato III. Água escoou e prejudicou P.

Conclusão. D é responsável pelos prejuízos causados a P.

Fatos materiais como visto pela Corte

Fato I. D construiu um reservatório em sua propriedade.

Fato III. Água escoou e prejudicou P.

Conclusão. D é responsável pelos prejuízos causados a P.

Ao considerar o Fato II como um fato imaterial, a corte estabeleceu a doutrina da responsabilidade objetiva no direito inglês (*absolute liability*).<sup>56</sup>

d) os fatos expressamente considerados como materiais devem ser tratados como tais.<sup>57</sup>

e) se na fundamentação da decisão não há distinção entre os fatos considerados materiais e aqueles considerados imateriais, todos os fatos devem ser considerados materiais, a não se que da análise mais aprofundada se conclua que são imateriais. Goodhart explica que há uma presunção contra a construção de princípios muito amplos, de tal forma que, quanto menor o número de fatos materiais considerados em um caso, mais amplo será o princípio. Assim, a regra a ser considerada é a de que os fatos narrados são materiais, dando ensejo à construção de princípios mais restritos. Para ilustrar essa proposição, Goodhart analisa o caso *Haembrook v. Stokes*, no qual uma mãe morreu devido ao choque emocional de presenciar um acidente automotivo que colocou em risco a vida de seu filho. Neste caso, decidiu-se que o expectador do acidente de automóvel pode se recuperar da lesão devido ao abalo psíquico, não lhe cabendo indenização alguma, formulando-se assim um princípio de direito amplo. Se o fato adicional de que o espectador era a mãe da vítima do acidente é considerado material, obtém-se um princípio restrito. Portanto, a menos que um fato seja expressa ou implicitamente considerado imaterial, deve ser considerado material.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 175.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Ibid., p. 177.

<sup>58</sup> Ibid., p. 178.

f) o último critério diz respeito à hipótese em que os julgadores concordam com o resultado do caso, mas discordam quanto aos fatos materiais a serem considerados. Assim, por exemplo, um caso que envolva os fatos A, B e C, em que o primeiro julgador considera material apenas o fato A, o segundo julgador considera material apenas o fato B e o terceiro julgador apenas o fato C. A *ratio decidendi* do caso repousa sobre os fatos materiais A, B e C. Entretanto, se dois de três julgadores concordam que o fato A é o único fato material, e que os outros fatos – B e C – são imateriais, o precedente repousa apenas sobre o fato A, ainda que o terceiro julgador considere os fatos B e C como materiais. Assim, o método de determinação da *ratio decidendi* nestes casos é o mesmo utilizado para as hipóteses em que há apenas uma única opinião sobre os fatos da causa.<sup>59</sup>

Tendo estabelecido os fatos materiais e imateriais do caso como vistos pela corte, passa-se então à fase de se estabelecer a *ratio decidendi* (o *principle of the case*), que é encontrada na conclusão alcançada pelo julgador tendo como base os fatos materiais e a exclusão dos fatos imateriais. Em um determinado caso a corte entende que os fatos A, B e C existem, mas exclui o fato A como sendo imaterial, e considera os fatos B e C para chegar à conclusão X. Qual é a *ratio decidendi* deste caso? Segundo Goodhart, há duas *rationes*: (1) em um futuro caso no qual os fatos A, B e C ocorrem, a corte deve chegar à conclusão X, e (2) em um futuro caso em que os fatos B e C ocorrem, a corte deve chegar à conclusão X. Neste segundo caso, a ausência do caso A não afeta o resultado, uma vez que o fato A foi considerado imaterial pelo primeiro julgamento.<sup>60</sup>

Desta forma, uma conclusão baseada em um fato cuja existência não foi determinada pela corte como fato material não pode estabelecer uma *ratio decidendi*. Neste caso, considera-se haver um simples *dictum*. Se, conseqüentemente, um julgador, no curso de sua fundamentação, considerar um fato hipotético, e afirmar a qual conclusão ele chegaria se o fato hipotético existisse, igualmente não há formação de *ratio decidendi*.<sup>61</sup>

Tendo estabelecido a *ratio decidendi* e excluída toda a *dicta*, o passo final é determinar se houve a formação de um precedente judicial obrigatório (*binding*

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 179.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Idem.

*precedent*) para os casos futuros que possuam fatos similares. Isso envolve uma análise dupla. Primeiro, deve-se estabelecer os fatos materiais do caso precedente e, então, determinar os fatos materiais no segundo caso. Se forem idênticos, o primeiro caso é um precedente judicial obrigatório (*binding precedent*) para o segundo, e a corte deve chegar à mesma conclusão que chegou para o primeiro caso. Se no primeiro caso falta algum fato material que o segundo caso possui, ou se o primeiro caso contém algum fato material não encontrado no segundo caso, então aquele não pode ser considerado um precedente judicial obrigatório deste último caso.<sup>62</sup>

A principal crítica que se faz ao método de Goodhart é a pouca importância que ele concede às razões da decisão, eclipsadas pela importância dada aos fatos materiais. Um dos principais críticos ao método de Goodhart é J. L. Montrose, que enfaticamente aponta como insatisfatório um método que não considera determinadas proposições como *ratio decidendi* simplesmente mediante a utilização de uma técnica de distinção da base fática. Seria insatisfatório qualquer método de delimitação da *ratio decidendi* que não se refira aos princípios que possam dar significado à distinção dos fatos materiais.<sup>63</sup>

A importância da identificação e análise dos fatos materiais que constituem o substrato do precedente judicial é inafastável: ao criar o precedente judicial, o julgador decide casos envolvendo específicas questões e fatos determinados. O Judiciário, na lição do Justice Lewis Powell, não faz anúncios de princípios abstratos ou dá um parecer consultivo. Ao decidir, a Corte deve focar especificamente sobre os fatos particulares do caso e sobre as questões apresentadas para julgamento.<sup>64</sup> O precedente judicial é, portanto, criado a partir da análise do caso concreto, da seleção e valoração dos fatos materiais que compõem o litígio.

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 180.

<sup>63</sup> “We can, however, say at present that a procedure of rejecting propositions merely by distinguishing cases is juristically unsatisfactory: it is inadequate to point to distinctions between cases without referring to the principles which make those distinctions significant”. (MONTROSE, J. L. Distinguishing cases and the limits of *ratio decidendi*. **The modern law review**, v. 19, nº 5, set. 1956, p. 526)

<sup>64</sup> “This means recognition that the Court's function is to decide cases involving specific issues and particular parties. The Court does not sit to make announcements of abstract principles or to give advisory opinions. Unnecessary resolution of broad questions always raises the stakes. It creates incentives for future attacks on the Court's opinions. In each case the Court should focus specifically on the particular facts of the case and the questions properly presented”. (POWELL JR, Lewis Franklin. Stare Decisis and Judicial Restraint. **Washington & Lee Law Review**, Lexington, v. 47, n.º 2, mar. 1990, p. 288)

Nesse sentido, concordamos com Luiz Guilherme Marinoni de que o método fático proposto por Goodhart deve ser visto como método auxiliar, “capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente”.<sup>65</sup>

## 2.2 A DELIMITAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

Tanto a definição do que seria a *ratio decidendi* quanto o método a ser utilizado para separá-la da *dicta* não encontram consenso entre os juristas dos países que herdaram a tradição jurídica do *common law*. Não há apenas divergência quanto ao método a ser utilizado na distinção entre *ratio* e *dicta*, mas também quanto ao seu conceito.

Neil Duxbury afirma que, para muitos juristas, tudo o que pode ser dito com certeza sobre a *ratio decidendi* é que ela possui um conceito incerto. Mas ainda que haja um consenso geral de que a *ratio decidendi* é a parte vinculante da decisão, há pouco consenso sobre o que constitui a *ratio decidendi*. Ninguém pode dizer com certeza se a *ratio decidendi* é melhor caracterizada como regra, como princípio ou a razão do caso. Entretanto, a inabilidade em definir ou em concordar sobre uma definição não tem de ser uma barreira para se identificar a *ratio*.<sup>66</sup>

Rupert Cross e Jim Harris conceituam a *ratio decidendi* de um caso como a regra jurídica expressa ou implicitamente considerada pelo juiz como passo necessário para a conclusão, considerando-se a linha de fundamentação adotada por ele.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

<sup>66</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 78.

<sup>67</sup> “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 72)

Esse conceito que se utiliza da noção de “necessidade” seria posteriormente criticado por Neil MacCormick por se valer de um termo – necessidade – amplo demais, por si só indefinido, e substitui aquele termo pela perspectiva da “suficiência”: a *ratio decidendi* seria a “justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso”.<sup>68</sup>

Na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni promove uma fusão de ambas as perspectivas ao considerar como precedente judicial as razões necessárias ou suficientes para se alcançar a conclusão.<sup>69</sup> Para exemplificar seu posicionamento, Marinoni vale-se do exemplo de uma ação de despejo, cujo autor pode se valer de dois fundamentos para obter o despejo desejado: nenhum dos dois fundamentos são, em absoluto, necessário, porque o despejo poderia ser decretado com base no outro fundamento. Desta forma, a *ratio decidendi* pode ser constituída pela razão necessária para se alcançar a conclusão, mas também pode ser constituída por razão simplesmente suficiente para se chegar à conclusão.<sup>70</sup> Assim, a *ratio decidendi* tanto pode ser constituída pelas razões que são necessárias, quanto pelas razões que são “apenas” suficientes para se alcançar a conclusão. Mas Marinoni faz ainda uma importante observação:

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: 2008, p. 203.

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes**..., p. 293.

<sup>70</sup> “Parece estranho falar em dois motivos suficientes. Note-se, contudo, que podem existir dois motivos suficientes, e por isso não necessários, a uma decisão. Assim, por exemplo, duas infrações contratuais podem ser dois fundamentos suficientes para determinada decisão de despejo. Nenhum deles é necessário, mas ambos são suficientes, e, apenas quando considerado o raciocínio da Corte, podem ser qualificados como determinantes da decisão”. (Ibid., p. 294)

<sup>71</sup> Ibid., p. 293.

Também Neil Duxbury não aceita a utilização do conceito de “necessidade” para se definir a *ratio decidendi*. Duxbury afirma que, quando um juiz, por exemplo, interpreta uma lei no processo decisório, a *ratio* é aquilo que o juiz acredita ser a melhor interpretação da lei – é a regra do juiz, em outras palavras, mais que a regra da lei. Não há dúvidas de que os juízes, algumas vezes, expressa ou implicitamente consideram certas regras como necessárias para determinadas conclusões, mas é mais provável que eles algumas vezes consideram certas regras com seus significados preferidos para se chegar à conclusão. Assim, para Duxbury, o teste da necessidade provê apenas concepções inadequadas da *ratio decidendi*.<sup>72</sup>

Michael Abramowicz e Maxwell Stearns apresentam um conceito de *ratio decidendi* composto por três etapas: a *holding* (expressão utilizada no direito americano equivalente à *ratio decidendi* no direito inglês) consiste nas proposições expostas na linha ou linhas de raciocínio que (1) estão sendo decididas, (2) são baseadas nos fatos da causa, e (3) conduzem ao julgamento. Se não é *holding*, a proposição é considerada *dicta*.<sup>73</sup>

O primeiro requisito exige que a proposição, para ser considerada *ratio decidendi*, deve estar sendo julgada pela decisão que se pretende valer como precedente. O segundo requisito impede que considerações baseadas em fatos considerados hipoteticamente sejam consideradas *ratio*, de forma que apenas aquilo que for decidido com fundamento nos fatos da causa pode vincular o julgador subsequente. Por fim, o terceiro requisito permite a ligação entre a decisão e o caminho selecionado pelo julgador, caminho este percorrido entre os fatos da causa e a solução dada pela corte.

Outra perspectiva é apontada por Edward Dominic Re, ex-professor da Faculdade de Direito da St. John’s University, em Nova Iorque e ex-*Chief Justice* da *United States Customs Court* (atualmente *United States Court of International Trade*), que considera o precedente judicial como o princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial.<sup>74</sup> Em uma decisão judicial, o que vincula os

<sup>72</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 77-78.

<sup>73</sup> “A holding consists of those propositions along the chosen decisional path or paths of reasoning that (1) are actually decided, (2) are based upon the facts of the case, and (3) lead to the judgment. If not a holding, a proposition stated in a case counts as dicta”. (ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell, *op. cit.*, p. 1065)

<sup>74</sup> RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, nº 122, abr./jun. 1994, p. 282.

juizadores subsequentes está limitado ao “princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas”.<sup>75</sup> Edward Re trabalha sob a perspectiva de que o precedente judicial constitui-se nos princípios ou regras de direito que serviram como fundamentação indispensável à solução das questões de fato e de direito decididas.

Desta forma, ciente da incerteza e da ambiguidade que paira sobre o conceito de *ratio decidendi*, cabe-nos apresentar, posteriormente no item 4.4 *infra*, nossa proposta de delimitação da *ratio decidendi* que seja adaptado à realidade jurídica brasileira proveniente da tradição do *civil law*: a proposta que será apresentada pretende, tanto quanto possível, tornar mais concreta a delimitação da *ratio decidendi*, viabilizando a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, país que, herdeiro da tradição da *civil law*, não possui uma prática jurídica habituada à interpretação e aplicação dos precedentes judiciais.

## 2.3 OVERRULING: A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Superar um precedente judicial é deixar de aplicá-lo a um caso que apresenta similitude fática com o caso cujo julgamento deu origem ao precedente. Quando isso ocorre, temos o *overruling* do precedente.

Em geral, um precedente judicial é superado porque se reconhece, agora, que o precedente fixado é equivocado, ou que se tornou equivocado devido à mudança cultural, social, ideológica etc. Segundo Duxbury, algumas vezes um precedente judicial é superado porque ele, por algum motivo, permaneceu sendo respeitado mais que o devido; outras vezes, uma corte pode considerar impróprio o fato de o precedente ter sido criado.<sup>76</sup>

A *House of Lords* – então exercendo a função de Suprema Corte da Inglaterra - proibiu a si própria a possibilidade de superar seus precedentes: primeiro, em 1861 no julgamento de *Beamish v. Beamish* e, posteriormente, em 1898, no julgamento de *London Tramways v. London County Council*. Mas em movimento inverso, a

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 284.

<sup>76</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 117.



própria *House of Lords* reconheceu a si própria, em 26 de julho de 1966, a possibilidade de superar seus precedentes, mediante a divulgação do chamado *Practice Statement*.<sup>77</sup> Mesmo assim, a *House of Lords* somente realizou o primeiro *overruling* após seis anos da publicação do *Practice Statement*, ao julgar *British Railways Board v. Herrington* em 1972.<sup>78</sup>

A possibilidade de *overruling*, entretanto, não enfraquece o regime de *stare decisis*: Justice Lewis Powell, ao proferir palestra para a *The Association of the Bar of the City of New York* em outubro de 1989, ressaltou que a Suprema Corte norte-americana, mesmo ao realizar *overruling* de alguns de seus precedentes, analisa milhares de casos por ano e, na maioria deles, aplica os precedentes judiciais aos casos sob julgamento. Isto é, segundo Justice Powell, *overruling* ocorre com certa frequência, mas quando considerados à luz da Corte como um todo, eles são raros. *Stare decisis* é, portanto, uma regra de estabilidade, e não de inflexibilidade.<sup>79</sup>

Desta forma, a possibilidade de superar o entendimento firmado em um precedente judicial não é contraditório ao *stare decisis*: o que não se admite é que o *overruling* seja realizado, para uma mesma questão, frequentemente, sem que haja fundamentação adequada que justifique a não aplicação do precedente a um caso que lhe é materialmente similar. A possibilidade de superação do precedente judicial é absolutamente diferente do regime de “jurisprudência lotérica”. Um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não é inflexível, imutável, pois permite superar o entendimento firmado pelos precedentes; mas é, ao mesmo tempo, estável, pois

---

<sup>77</sup> O texto integral do *Practice Statement* de 1966 é o que segue: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House”.

<sup>78</sup> VONG, David, *op. cit.*, p. 324.

<sup>79</sup> “Overrulings occur with some frequency, but when considered in light of the business of the Court as a whole, they are rare. [...] A review of the Burger and Warren Courts illustrates my view of *stare decisis* as a rule of stability, but not inflexibility. [...] But when the totality of cases is considered, the general rule of *stare decisis* remains a fundamental component of our judicial system”. (POWELL JR, Lewis Franklin, *op. cit.*, p. 284-285)

exige que a superação do precedente judicial seja apoiado por requisitos que justifiquem a mudança de entendimento.

Mesmo reconhecendo o equívoco do precedente, ou que o entendimento adotado anteriormente, correto para a época em que foi firmado, não é mais adequado aos tempos atuais, os custos gerados pela superação do precedente podem ser a tal ponto significativos que a Corte entenda ser melhor mantê-lo e não superá-lo.<sup>80</sup> As razões são expostas por Duxbury: instituições públicas e privadas poderiam ter de investir pesado na compreensão e conformação com a nova regra e poderiam ainda ter de litigar para fins de forçar os tribunais em tornar o precedente mais claro ou mais refinado; a Corte que supera o precedente frequentemente estará superando seu próprio precedente – declarando que sua decisão anterior é contrária à lei; ainda que nenhum dos julgadores que produziu o precedente esteja vivo, o tribunal pode considerar uma total superação do precedente indesejável, sem diplomacia, e optar em tentar retificar seu erro passado por maneiras sutis; uma decisão amplamente considerada errada pode continuar a ser seguida se as pessoas nela tiverem razoavelmente confiança em organizar seus negócios.<sup>81</sup> Ademais, o uso exagerado do *overruling* pode diminuir a legitimidade da Corte e diminuir o impacto de suas decisões.<sup>82</sup>

Não há regra absoluta que designe quando o *overruling* é ou não admissível. Mas afirma *Justice Powell* que, quando se torna claro que uma decisão errada está prejudicando a coerência do Direito, é necessário realizar o *overruling*, e isso não afasta a afirmação de que a regra de respeito às decisões anteriores também seja prática apropriada.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> “Whenever a decision is departed from, the certainty of the law is sacrificed to its rational development, and the evils of the uncertainty thus produced may far outweigh the very trifling benefit to be derived from the correction of the erroneous doctrine”. (SALMOND, John William, *op. cit.*, p. 166)

<sup>81</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, 123; 128.

<sup>82</sup> “[...] *stare decisis* may constitute a self-enforcing norm resulting from the justices’ desire to write efficacious legal doctrine. In sum, the overuse of the power to overrule precedent can erode the legitimacy of the Court and undermine the impact of its opinions”. (SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G., *op. cit.*, p. 1094)

<sup>83</sup> “Fortunately, there is no absolute rule against overruling prior decisions. [...]. And where it becomes clear that a wrongly decided case does damage to the coherence of the law, overruling is proper. But I repeat that the general rule of adherence to prior decisions is a proper one”. (POWELL JR, Lewis Franklin, *op. cit.*, p. 286)

Há duas razões principais pelas quais o *overruling* é realizado e aceito, sobrepondo-se às razões contrárias à sua realização: a rígida aderência aos precedentes judiciais pode perpetuar injustiças e pode impedir o valioso desenvolvimento jurídico.<sup>84</sup>

Luiz Guilherme Marinoni afirma que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou deixa de apresentar consistência sistêmica.<sup>85</sup> Entretanto, um destes dois requisitos deve estar conjugado a outra circunstância: os valores que sustentam a estabilidade, isto é, a manutenção do precedente que, segundo o Autor, são basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta, devem ceder aos motivos que determinam a revogação do precedente.<sup>86</sup>

Assim, a falta de congruência social ou consistência sistêmica do precedente somente autoriza a sua superação quando estes motivos se sobrepuserem aos motivos que sustentam a necessidade de estabilidade do sistema jurídico: o tratamento isonômico entre as partes que se encontram em posição fática substancialmente igual, a confiança justificada que o jurisdicionado concede ao precedente e a vedação da surpresa injusta.

Também autoriza a revogação do precedente judicial a mudança na concepção geral do direito, isto é, o surgimento de “uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou”.<sup>87</sup> Mas esta nova compreensão do direito não pode ser uma mudança de compreensão pessoal de um ou mais dos julgadores, de forma que não basta a alteração na composição da corte

---

<sup>84</sup> “Stare decisis seeks to preserve stability, but the doctrine must also leave room for innovation and correction of error”. (FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. **Minnesota Law Review**, v. 90, n.º 5, 2005-2006, p. 1175)

<sup>85</sup> Marinoni explica o sentido da falta de congruência social e de consistência sistêmica que autorizariam a superação do precedente: Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. [...] As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. [...] De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...**, p. 392)

<sup>86</sup> Ibid., p. 391.

<sup>87</sup> Ibid., p. 402.

julgadora apta a promover o *overruling* do precedente para autorizar sua realização.<sup>88</sup> A alteração na compreensão deve ser geral e não pessoal, refletindo o novo entendimento exposto pela maioria da doutrina e dos demais agentes jurídicos.

Por fim, o erro ou equívoco também justifica a revogação do precedente quando ele for evidenciado no meio acadêmico e nos tribunais, devendo ser claro, evidente, cuja manutenção será fonte de injustiças.<sup>89</sup>

Alguns precedentes assumem especial importância na constituição da sociedade que sua manutenção se torna necessária sob pena de causar grande instabilidade e consequências sociais e econômicas nefastas. Daniel A. Farber denomina-os de precedentes fundamentais (*bedrock precedents*). Superar esses precedentes criaria um tipo de incerteza e instabilidade que as constituições (mais que outras leis) propõem-se a evitar.<sup>90</sup>

Além disso, em outras hipóteses, um precedente judicial tem sua autoridade fortalecida pelo decurso do tempo: quanto mais tempo um precedente permanece sem ser questionado, maiores serão os danos ocasionados à previsibilidade e às expectativas que adviriam com a sua alteração.<sup>91</sup>

Entretanto, o decurso do tempo pode gerar efeito contrário, enfraquecendo a autoridade do precedente. A passagem do tempo pode tornar o precedente inconsistente com o Direito como um todo, seja quando analisado à vista da nova legislação, seja quando analisado à vista de novos precedentes. Gradualmente, o decurso do tempo pode enfraquecer a autoridade do precedente.<sup>92</sup> Confira-se, nesse sentido, manifestação do juiz Wheeler em *Dwy vs. Connecticut Co.*:

---

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> [...] precedents that have become the foundation for large areas of important doctrine. [...] Overruling these doctrines would create just the kind of uncertainty and instability that constitutions (even more than other laws) are designed to avoid. (FARBER, Daniel A., *op. cit.*, p. 1180-1181)

<sup>91</sup> SALMOND, John William, *op. cit.*, p. 167.

<sup>92</sup> Ibid., p. 167-168. Nesse sentido, cf. Michele Taruffo: "All'inverso, può accadere che un 'vecchio' precedente venga ritenuto efficace perchè divenuto autorevole, o perchè confermato dalla giurisprudenza successiva, ma può anche accadere che esso venga considerato ormai inefficace perchè superato dai tempi e dall'evoluzione della cultura giuridica". (TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. **Rivista di diritto e procedura civile**, Milano, ano 48, n.º 2, jun. 1994, p. 26)

O tribunal que melhor atende ao Direito é aquele que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, depois de uma longa experiência, mostrar-se insuficientes para outra geração; é aquele que descarta a antiga norma quando encontra outra norma jurídica que representa o que estaria de acordo com o juízo estabelecido e assente da sociedade e não concede qualquer direito de propriedade adquirido à antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre a *common law* descobriram a fonte e o método de seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento, encontraram a saúde e a vitalidade de tal Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo da legislatura.<sup>93</sup>

A superação do precedente pode ser total ou parcial. A superação total do precedente – que se constitui propriamente no *overruling* – apresenta-se como a “resposta judicial ao desgaste da sua *dupla coerência* (congruência social e consistência sistêmica) ou a um *evidente equívoco* na sua solução”.<sup>94</sup> Nestes casos, os princípios do *stare decisis* deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), permitindo a evolução do Direito, sendo esta, portanto, “a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*)”.<sup>95</sup>

Por seu turno, a alteração parcial de um precedente – identificada como *overturning* – pode ocorrer de duas formas: mediante a sua transformação – *transformation* – o tribunal não nega formalmente a autoridade do precedente, mas reformula-o em parte, tornando seu resultado compatível com a nova concepção: “isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, *reconfigura-o parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior”;<sup>96</sup> e mediante sua reescrita – *overriding* – pelo qual o tribunal redefine o âmbito de incidência do precedente.<sup>97</sup>

*Overruling* – assim como o *distinguishing* – provê o tribunal apenas com poderes limitados de *law-making*, pois se os tribunais pudessem superar os precedentes quando eles quisessem não faria sentido falar em uma doutrina do *stare decisis*. Mas quando será apropriado que os tribunais superem o precedente?

<sup>93</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 112.

<sup>94</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

<sup>95</sup> Idem.

<sup>96</sup> Idem.

<sup>97</sup> Idem.

A resposta básica, segundo Duxbury, é que juízes que desejam se afastar do precedente são esperados a prestar contas: a superação do precedente não pode ser arbitrária, juízes devem publicar suas razões. Se um precedente judicial será superado, as razões para tanto devem ser especialmente sérias e fortes.<sup>98</sup>

A prática do *overruling* é um ato de jurisdição superior:<sup>99</sup> isto é, juízes e tribunais que se encontram abaixo na escala hierárquica não podem promover o *overruling* de um precedente firmado por um tribunal hierarquicamente superior. Desta forma, não se confunde o *overruling* com o fato de um juiz ou tribunal se recusar a aplicar o precedente. Quando um precedente não é seguido, subsistem duas decisões conflitantes, cuja solução somente pode ser dada por ato de uma autoridade superior que irá, no momento apropriado, restaurar a autoridade do precedente ou, então, superá-lo pelo *overruling*.<sup>100</sup>

## 2.4 DISTINGUISHING: A TÉCNICA DA DISTINÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR A IGUALDADE DE TRATAMENTO

O fundamento último do respeito à autoridade dos precedentes é a necessidade de se tratar casos iguais da mesma forma (*treat like cases alike*). A aplicação de um precedente ao caso sob julgamento (*instant case*) depende da similitude fática deste com o caso cujo julgamento deu origem ao precedente. Para tanto, leva-se em consideração apenas os fatos materiais, essenciais para a caracterização e qualificação dos eventos.

Ocorre que, muitas vezes, o caso sob julgamento não possui similitude fática com o caso que originou o precedente: não há similitude fática entre eles, seus fatos materiais não coincidem. Em isto ocorrendo, o julgador deve realizar a devida distinção entre os casos. O *distinguishing* – ou distinção – consiste em o julgador identificar a falta de similitude fática entre o caso sob julgamento e o caso prévio, de modo a não aplicar o precedente judicial invocado por uma das partes.

---

<sup>98</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 117.

<sup>99</sup> “Overruling is an act of superior jurisdiction”. (SALMOND, John William, *op. cit.*, p. 168)

<sup>100</sup> *Idem*.

A prática da distinção consiste em uma forma qualificada de respeito ao precedente judicial: as normas estabelecidas pelos tribunais superiores são dotadas de autoridade, exceto quando os tribunais posteriores puderem modificá-las estreitando seu alcance. O julgador, em outras palavras, concebe uma nova versão para a norma que abrange o resultado do caso anterior mas que excepciona o caso posterior fundado em um fato novo substancial.<sup>101</sup>

Mas não basta qualquer dessemelhança entre os fatos comparados: é necessário que essa diferença seja material, isto é, que seja suficiente para prover uma justificativa para a não adoção da solução prevista no precedente que se pretende aplicar. Assim, não é qualquer diferença que permite a justificativa: a distinção deve ser tal que provê um fundamento suficientemente convincente para declinar o respeito de uma decisão anterior. O poder dos juízes de promover a distinção não significa que eles podem desprezar os precedentes sempre que lhes convém.<sup>102</sup>

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz (re)estabelece os fatos do precedente, e ele o faz reduzindo o nível de generalidade, limitando a decisão a fatos mais estreitos, ou ainda considerando novos fatos considerados no precedente como sendo materiais, aumentando a diferença material entre o conjunto fático do precedente e aqueles que constituem o caso sob julgamento.<sup>103</sup>

A realização do *distinguishing* não significa um desrespeito à autoridade do precedente: ao contrário, reafirma aquela autoridade, na medida em que a sua aplicação somente não se deu devido à falta de semelhança fática material entre os casos, o que remete ao reconhecimento da autoridade do precedente que seria aplicado se os fatos do caso sob julgamento fossem materialmente semelhantes ao caso original. A autoridade do precedente judicial pode ser constatada, ainda que não aplicado, na exigência de especial fundamentação do juiz que decide não

---

<sup>101</sup> No original: "The practice of distinguishing precedents is often characterized as a qualified form of rule following. Rules established by prior courts are authoritative, except that later courts may modify them by narrowing their scope. The later court, in other words, devises a new version of the rule that supports the result of the precedent case but excepts the later case based on some critical new fact". (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 35-36)

<sup>102</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 114.

<sup>103</sup> "A judge distinguishes an otherwise binding precedent by re-stating the factual part of the precedent. He does this by lowering the level of generality (therefore confining the decision to narrower facts), or by treating additional facts as material in the precedent (therefore widening the difference between the two cases)". (VONG, David, *op. cit.*, p. 339)

aplicar o precedente, recaindo-lhe o ônus argumentativo de demonstrar a falta de similitude fática entre os casos.<sup>104</sup>

Entretanto, quando um precedente judicial é objeto de muitas distinções, sua autoridade é corroída aos poucos, e tantas são as distinções que passa a ser raramente aplicado. Assim, é importante ressaltar que não basta a existência de diferenças entre o conjunto fático do precedente e o conjunto fático do caso sob julgamento: é imprescindível que o julgador justifique a necessidade de se dar tratamento diferente àquele concedido pelo precedente.<sup>105</sup>

Tradicionalmente, apontam-se duas espécies de *distinguishing*: o *restrictive distinguishing*, pelo qual a distinção realizada diminui o âmbito de aplicação do precedente judicial invocado, reconhecendo que, no caso em julgamento, o precedente não deve ser aplicado; e o *ampliative distinguishing*, pelo qual a distinção estende a aplicação do precedente judicial a um caso não totalmente similar àquele que deu origem ao precedente, mas entendendo haver semelhança material suficiente para permitir que o caso sob julgamento receba o mesmo tratamento previsto no precedente.

Dois exemplos permitem elucidar melhor aquela diferença. Em *Anns v. Merton London Borough* [1978], a *House of Lords* estabeleceu a responsabilidade do município pelos danos decorrentes de negligência na fiscalização de obras. Mas em 1984, ao julgar *Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.* [1983], a *House of Lords* interpretou restritivamente o caso *Anns*, para aplicá-lo somente nas hipóteses em que a negligência da fiscalização municipal pudesse gerar possibilidade de dano à saúde ou à segurança, não o aplicando ao caso *Peabody Donation Fund*, que se tratava de danos materiais. Nesta hipótese, houve a

---

<sup>104</sup> Cf. o especial entendimento de Joseph Raz sobre o assunto: "Such a difference must exist for every court has the power to distinguish while only some have a power to overrule. Unless distinguishing differs from the general power to modify rules and to make new ones (as in overruling or in deciding unregulated disputes) my interpretation of distinguishing means, given the general power to distinguish, that precedents are never binding for the courts are always free to change them. Distinguishing, however, is a very restricted form of law-making". (RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 186)

<sup>105</sup> "In effect, to distinguish is not simply to point out a factual difference: it necessitates the use of this factual difference to justify a refusal to follow a precedent". (VONG, David, op. cit., p. 340-341)



realização do *restrictive distinguishing*, i. e., a *House of Lords* restringiu o âmbito de aplicação do precedente, realizando a diferenciação entre os casos.<sup>106</sup>

Em *Barwick v. The English Stock Bank* [1886], um cliente de instituição financeira pede indenização pelo fato de ter sido induzido pelo funcionário do banco a aceitar uma garantia sem valor de terceira pessoa que lhe está tomando um empréstimo. A *House of Lords* reconheceu a responsabilidade da instituição financeira pelo prejuízo causado ao cliente. Posteriormente, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [1912], discutiu-se se o precedente firmado em *Barwick* deveria ser aplicado apenas na hipótese original, em que o funcionário da instituição financeira não se beneficiou da fraude, mas apenas a instituição foi beneficiada, ou se se deveria aplicar o precedente também nas hipóteses em que o beneficiário da fraude é o funcionário da instituição financeira, não tendo o banco sido beneficiado. Entendeu a *House of Lords* que a instituição financeira é obrigada a indenizar o cliente ainda que o único beneficiário seja o funcionário que cometeu a fraude. Neste caso, foi realizada uma *ampliative distinguishing*: o precedente firmado em *Barwick v. The English Stock Bank*, referente a uma hipótese em que a instituição financeira era beneficiária da fraude e foi, portanto, condenada a indenizar os prejuízos sofridos por seu cliente, foi aplicado em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, hipótese em que a instituição financeira não foi beneficiada pela fraude, mas apenas seu funcionário. Houve uma ampliação no âmbito de aplicação do precedente.

Mas alguns esclarecimentos ainda necessitam ser feitos quanto à diferença material entre os conjuntos fáticos que autorizam a realização do *distinguishing*. Neste sentido, apresentar-se-á uma proposta de identificação da falta de semelhança fática material entre o conjunto fático que deu origem ao precedente e o conjunto fático que compõe o caso sob julgamento e para o qual se pretende dar solução fundada no precedente judicial invocado.

---

<sup>106</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 172.

## 2.5 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

A análise dos fatos materiais que deram ensejo ao surgimento do precedente judicial assume importância não apenas para a compreensão da *ratio decidendi*, mas também para se determinar o âmbito (ou extensão) de aplicação de um determinado precedente judicial. Sobressai, para fins de estudo deste segundo aspecto, as formas pelas quais os fatos materiais do caso possam ser classificados e a utilização que se faz destas classificações para a análise dos fatos materiais do caso futuro ao qual se pretende aplicar o precedente.

Frederick Schauer apresenta o seguinte caso: uma decisão que permite a não realização de um exame por um estudante que foi ao velório de seu irmão pode servir de precedente para um futuro caso referente a velório de um primo de outro estudante? Trata-se de saber se há uma preexistente “categoria linguística ou social” que irá agrupar irmãos e primos juntos para uma mesma finalidade e, se existe, qual efeito a existência daquela categoria terá nos futuros julgadores. Se não há uma categoria mais ampla de assimilação, não haverá maiores riscos de que a decisão tomada hoje (não realização de exame devido ao falecimento de irmão do aluno) seja considerada amanhã como um precedente que é visto como indesejável e distinto da hipótese futura (sua aplicação ao caso de pedido de não realização do exame devido ao falecimento do primo do estudante). O julgador futuro terá de decidir quanto à possível assimilação dos casos em julgamento sob a mesma categoria identificada nos fundamentos do precedente.<sup>107</sup>

Schauer procede à analogia entre o nominalismo e a teoria jurídica chamada “realismo”. O nominalismo (teoria oposta ao naturalismo), não compreende o mundo como objeto de subdivisões naturais, mas sim demarcado por rótulos artificiais contingencialmente atribuídos pelas pessoas, pelas culturas e pela linguagem. No âmbito jurídico, os realistas (ligados à teoria do nominalismo) veem os precedentes invariavelmente suscetíveis de qualquer classificação que melhor se adaptem ao resultado que os juízes querem atingir. Assim, por exemplo, restrições ao nazismo e

---

<sup>107</sup> “The question is whether there is some preexisting linguistic or social category that will group siblings and cousins together for some purposes, and, if so, what effect the existence of that category would have on the future decisionmaker’s decision”. (SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 39, nº 3, fev. 1987, p. 585)

restrições ao socialismo podem ser agrupados juntos sob a rubrica geral “censura” se a teoria de liberdade de expressão adotada pelo juiz condena restrições tanto à expressão dos nazistas quanto dos socialistas. Mas se o juiz ideologicamente apoia os socialistas mas não os nazistas, então uma diferente classificação – restrições sobre expressão racista, por exemplo – autorizaria o juiz a construir uma diferenciação normativa entre os dois casos. Essas classificações alternativas estão sempre disponíveis, de acordo com os realistas, e permitem ao julgador moldar os precedentes de acordo com as necessidades do presente.<sup>108</sup>

Naturalistas e nominalistas debatem a questão se as categorias do mundo se nos apresentam relativamente imutáveis ou se elas são em grande medida produtos da mente e linguagens de uma cultura particular. O debate no contexto do precedente judicial é paralelo mas em um nível diferente. A questão não é saber se há categorias imutáveis do mundo. Mas se as categorias usadas ao se decidir estão totalmente sob controle do julgador ou do ambiente decisional nos quais o julgador opera, ou ainda se as categorias de alguma maneira resistem de serem moldadas pelos julgadores.<sup>109</sup>

Juízes, continua Schauer, em pretendendo confiar em precedentes, pressupõem certas regras de relevância, e essas regras de relevância são inquestionavelmente contingentes e sujeitas a mudança. Mas se essas regras de relevância têm sua origem a partir de um ambiente linguístico e social mais amplo, seria um equívoco considerá-las contingentes dentro da subcultura jurídica. Para Schauer, há uma profunda diferença entre contingência absoluta e contingência relativa das decisões disponíveis dentro de um ambiente particular, como o jurídico. Regras jurídicas de classificação são como passageiros sentados em um trem. De uma maneira importante os passageiros estão se movendo, mas de uma maneira igualmente importante os passageiros ainda estão sentados.<sup>110</sup>

Quanto mais ampla for a classificação sob a qual o julgador enquadrar um fato ou um conjunto de fatos, suas conclusões se aplicarão a um conjunto maior de casos similares, de forma que a eficácia vinculante do precedente aos casos

<sup>108</sup> “And if we in the present could so easily mold the past to conform to our current desires, then so too would the present be malleable in the hands of our successors”. (Ibid., p. 583)

<sup>109</sup> Ibid., p. 584.

<sup>110</sup> “Legal rules of categorization are like passengers sitting on a train. In an important way the passengers are moving, but in an equally important way the passengers are sitting still”. (Ibid., p. 586)

similares futuros será mais forte.<sup>111</sup> Nas palavras de Schauer, no nível no qual se desenvolveu as práticas do precedente judicial, a força das normas do precedente será refletida na generalidade das classificações sobre as quais as decisões são feitas.<sup>112</sup>

A identificação dos fatos materiais considerados pelo precedente assume grande importância, portanto, não apenas para a identificação da *ratio decidendi*, mas também para a promoção da similitude fática entre o precedente e o caso sob julgamento.

A demonstração da similitude fática entre o precedente judicial e o caso em julgamento deve ser realizada na fundamentação da decisão: o fundamento fático consiste na descrição do caso individual e a constatação de que esse caso individual é uma instância de um certo caso genérico, isto é, que o caso individual tem uma propriedade que se encontra exigida por um determinado caso genérico.<sup>113</sup>

Vejamos um exemplo. Em *Donoghue v. Stevenson* [1932], a *House of Lords* decidiu acerca da responsabilidade civil de um fabricante de cerveja (*ginger beer*) a um consumidor final (sem que houvesse um contrato imediato entre o fabricante e o consumidor) que encontrou um caracol (*snail*) em decomposição dentro da garrafa. O caso foi julgado em favor do consumidor por três votos contra dois. Na fundamentação da decisão, *Lord Atkins* fez referência à expressão “fabricante de produtos” (*manufacturer of products*). Quatro anos depois, em *Grant v. Australian Knitting Mills* [1936], alegou-se que o precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson* somente poderia ser aplicado em casos envolvendo fabricante de alimentos e bebidas. Tentou-se, assim, estreitar a abrangência da categoria “produtos”, de forma que pudesse abranger apenas a produção de produtos alimentícios e bebidas. Com isso, restringir-se-ia a aplicação do precedente, de forma a não aplicá-lo em *Grant v. Australian Knitting Mills*, que envolvia um fabricante de roupas íntimas (*underpants*) em cujo processo de produção foi incluído uma quantidade excessiva de enxofre, causando dermatite no consumidor. Mas ao

---

<sup>111</sup> “In other words, if the conclusions of one case apply to a sweepingly broad set of analogies (and encourage decisionmakers to make such analogies), then the constraints of precedent are likely to be substantial”. (Ibid., p. 591)

<sup>112</sup> “At the level at which we create the practices of precedent, the strength of the norms of precedent will be reflected in the generality of the categories in which decisions are made”. (Ibid., p. 595)

<sup>113</sup> BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 13, que expressamente denomina esta atividade de “subsunção”.

julgar o caso, a *House of Lords* entendeu que a expressão “produtos”, utilizado na *ratio decidendi* no caso *Donoghue v. Stevenson* por Lord Atkins abrangia, além de produtos alimentícios e bebidas, também outros produtos manufaturados.<sup>114</sup> Houve, assim, um alargamento na compreensão da categoria “produtos”, utilizado no precedente invocado, mas cujo âmbito de aplicação somente veio a ser fixado em caso futuro. Com aquele alargamento, aumentou-se o âmbito de aplicação do precedente, que restou fortalecido.

Entretanto, quando a *ratio decidendi* está constituída de classificações mais amplas (como, no caso, o termo classificatório “produtos”), os tribunais inferiores possuem mais espaço para restringir a aplicação do precedente, realizando o *distinguishing* ao considerar que o fato material do caso em julgamento (*instant case*) não é similar (isto é, não se enquadra no termo classificatório utilizado pelo precedente) aos fatos materiais considerados no precedente.<sup>115</sup>

Quando um precedente utiliza-se de termos classificatórios muito amplos, sua abrangência é, igualmente, mais ampla, abrangendo um número maior de casos; mas ao mesmo tempo confere maiores possibilidades para as instâncias inferiores realizarem o *distinguishing*, enfraquecendo-o. É a interpretação que se faz do precedente judicial, pelos julgadores futuros que, ao final, determinará a maior ou menor extensão de aplicação do precedente: a utilização de um termo classificatório mais amplo permite um maior espaço para a manipulação das categorias classificatórias pelo aplicador do precedente.<sup>116</sup>

Mas se o precedente utiliza-se de termos classificatórios restritos, seu âmbito de aplicação é, igualmente, mais estreito; correlatamente, diminui-se a possibilidade de realização da distinção pelos futuros julgadores. Nestes casos, se a abrangência do precedente não é tão grande, em compensação, a possibilidade de não ser aplicado devido à realização do *distinguishing* é mais remota. Se é um precedente

---

<sup>114</sup> Sobre os casos *Donoghue v. Stevenson* e *Grant v. Australian Knitting Mills*, cf. CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 43-45; 47-48.

<sup>115</sup> “[...] broad statements by the highest tribunals are sometimes restrictively interpreted in lower courts”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 73)

<sup>116</sup> “O mais das vezes, o juiz exercerá seu poder menos por uma reinterpretação explícita da lei do que por sua maneira de qualificar os fatos. Ele possui, a esse respeito, uma margem de apreciação, mas não pode exercer seu poder de uma forma arbitrária”. (PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 565)

fraco em termos de abrangência, é um precedente forte em termos de maiores dificuldades de ser afastado pelo julgador.

Quando o precedente utiliza-se de termos classificatórios muito amplos, é maior a utilização, pelos julgadores subsequentes, de um poder residual de restringir o alcance da regra firmada no precedente. Neste caso, o julgador estaria utilizando-se daquilo que Raz denomina de “poder de distinção em sentido forte” (*power to distinguishing in the strong sense*): a regra estabelecida pelo tribunal que firmou o precedente será restringida pela adição de novas condições para sua aplicação.<sup>117</sup> Por sua vez, haveria um “poder de distinção em sentido fraco” (*power to distinguishing in the weak sense*), pelo qual o julgador subsequente pode simplesmente deixar de aplicar o precedente pois os fatos julgados são materialmente diferentes.

Ao adicionar novas condições para aplicação do precedente, o julgador está retirando os fatos da abrangência semântica do termo classificatório: este, ao ser utilizado no precedente, é amplo o suficiente para permitir essa forma de distinção, uma vez que o tribunal de origem, ao construir o precedente, não foi claro o suficiente ao excluir a possibilidade de adição das novas condições, seja porque não previu a existência de fatos que pudessem não ser abrangidos pelo termo classificatório, seja porque, prevendo-os, não se manifestou sobre eles, pois não eram objeto da causa a ser decidida. Assim, voltando-se a utilizar os termos de Raz, ao realizar o *distinguishing* o julgador pode limitar o âmbito de aplicação das normas fixadas no precedente (*to narrow down rules*).<sup>118</sup>

Um julgador decide um caso com base em um evento passado, mas a *ratio decidendi* da decisão serve como norma para o futuro. Ninguém pode prever exatamente as situações que surgirão, de forma que a *ratio decidendi* deve ser capaz de abarcar um número indefinido de situações similares, isto é, ela é uma generalização desenhada a partir de eventos específicos e projetados para o futuro.<sup>119</sup> Nas palavras de Lord Halsbury em *Quinn v. Leatham* [1901], a

---

<sup>117</sup> “The modified rule must be the rule laid down in the precedent restricted by the addition of a further condition for its application”. (RAZ, Joseph, *op. cit.*, p. 186)

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> DIAS, Jurisprudence, p. 181 *apud* VONG, David, *op. cit.*, p. 318-346.

generalidade das expressões expostas na *ratio decidendi* não tem a intenção de expor o direito como um todo, mas regular e qualificar os fatos da causa.<sup>120</sup>

Assim, v. g., Dworkin faz referência ao caso *Rylands vs. Fletcher*, no qual a *House of Lords* decidiu sobre a responsabilidade daquele que acumulava artificialmente água em sua propriedade sobre os danos causados a outrem devido a vazamento ocorrido no reservatório. Posteriormente, este precedente foi aplicado a casos envolvendo depósito de petróleo, água, gás, eletricidade etc.<sup>121</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier considera haver duas espécies de vinculação: a vinculação por identidade absoluta, quando há uma identidade integral entre as situações, e a vinculação por identidade essencial, em que, dentre os fatos considerados, há identidade apenas entre os fatos “tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência”.<sup>122</sup> Faz-se necessário, assim, estabelecer os critérios de identificação da identidade essencial entre dois conjuntos fáticos: “quanto mais aparelhado for um sistema para reconhecer a identidade essencial entre casos, cujos fatos não sejam absolutamente idênticos, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá obter”.<sup>123</sup>

## 2.6 A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*: VANTAGENS E DESVANTAGENS EM SE ADOPTAR UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

A doutrina do *stare decisis* defende o respeito ao que foi decidido anteriormente ou, em outras palavras, conceder às decisões pretéritas autoridade suficiente para determinar o resultado dos casos semelhantes que se apresentem no

<sup>120</sup> VONG, David, *op. cit.*, p. 336. Segundo Perelman: “A evolução da jurisprudência manifestou-se muitas vezes pelo estreitamento ou pelo alargamento do campo de aplicação de um termo que figura num texto legal”. (PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 575)

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 173, nota de rodapé nº 23.

<sup>122</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes...*, p. 57.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 60.

futuro.<sup>124</sup> Não é uma teoria exclusiva do direito inglês ou dos demais países que herdaram o sistema jurídico do *common law*. É, na verdade, uma máxima de aplicação praticamente universal, mas que historicamente ganhou mais força na Inglaterra.<sup>125</sup>

Mesmo na Inglaterra, a doutrina do *stare decisis* foi desenvolvida paulatinamente, séculos após o início do estabelecimento do *common law*, historicamente tendo início no ano de 1066 com a conquista normanda da Inglaterra, instituindo-se os Tribunais Reais que promoveram a unificação de um direito comum a todo o território inglês.<sup>126</sup>

Nesse sentido, noticia Randy Kozel que a Suprema Corte norte-americana repetidamente alertou que a doutrina do *stare decisis* é um flexível "princípio de política" (*flexible principle of policy*), em oposição a "um comando inexorável".<sup>127</sup> A doutrina do *stare decisis* foi, assim, uma opção historicamente desenvolvida e aceita, às vistas de suas vantagens para a estabilidade, segurança e tratamento igualitário que proporciona aos jurisdicionados.

Historicamente, considera-se estabelecida a doutrina do *stare decisis* em 1861, quando a *House of Lords* decidiu o célebre caso *Beamish v. Beamish*, tendo-se consolidada posteriormente em outro famoso julgamento, também pela *House of Lords*, em *London Tramways v. London County Council*, de 1898.

Em *London Tramways v. London County Council*, Lord Halsbury não nega que alguns casos possam ser julgados de forma errada, mas tal fato seria apenas uma inconveniência ocasional se comparada com a desastrosa inconveniência de ter uma mesma questão sendo rediscutida e sendo colocada em dúvida devido a

---

<sup>124</sup> A expressão completa é: *stare decisis et non quieta movere* – “abide by earlier decisions and do not disturb settled points”. (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 12, nota de rodapé n.º 32)

<sup>125</sup> “Judicial precedent has some persuasive effect almost everywhere because *stare decisis* (keep to what has been decided previously) is a maxim of practically universal application. The peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 3)

<sup>126</sup> “Também não há como se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*. [...] Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação..., p. 17)

<sup>127</sup> KOZEL, Randy J. *Stare Decisis* as Judicial Doctrine. **Washington and Lee Law Review**, Lexington, v. 67, n.º 2, jan. 2010, p. 414.



diferentes razões, de tal forma que, de fato, não haveria um tribunal que desse a última palavra. É *interest rei publicae* que haja um *finis litium*, o que não é possível se for permitido que em cada caso se possa debater novamente as mesmas questões. A referência a *finis litium*, feita por Lord Halsbury, não diz respeito à *res judicata*, mas à produção de certeza no ordenamento jurídico.<sup>128</sup>

Ao julgar o caso *London Tramways v. London County Council*, a *House of Lords* decidiu que em geral não podia superar seus próprios precedentes: a decisão era sua própria fonte de imunidade ao *overruling*. Somente em 1966 é que este entendimento foi superado, quando a *House of Lords* publicou o *Practice Statement* e declarou que, daquele momento em diante seria possível, em algumas circunstâncias, promover o *overruling* de suas próprias decisões. Até então, era desconhecida a possibilidade de um tribunal assumir o poder de superar seus próprios precedentes. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte aparentemente sempre reconheceu esse poder, e pode ser vista exercendo esse poder pela primeira vez em 1844.<sup>129</sup>

Comumente se classifica o *stare decisis* em duas espécies: *stare decisis* horizontal, pelo qual os tribunais devem seguir o entendimento firmado por seus próprios precedentes, e o *stare decisis* vertical, pelo qual os tribunais devem seguir o entendimento firmado pelos precedentes estabelecidos por tribunais localizados em degrau superior da estrutura judiciária.<sup>130</sup>

O sistema de *stare decisis*, entretanto, não possui apenas vantagens. A doutrina identifica um conjunto de desvantagens que desaconselha a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. A seguir, compilamos algumas vantagens e desvantagens que costumeiramente a doutrina apresenta, seja para defender, seja para combater o regime de *stare decisis*.

---

<sup>128</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 103.

<sup>129</sup> DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 123; 126.

<sup>130</sup> GARNER, Bryan A. (ed.) **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. Thomson West, 2009, p. 1537.

### 2.6.1 Vantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios

Dentre as vantagens em se adotar uma sistemática de precedentes judiciais obrigatórios, são comumente citadas as seguintes:

a) uma razão de justiça amplamente difundida de que casos iguais devem ser tratados de forma igual (*treat like cases alike*), decorrência do princípio da igualdade que é fundamento do sistema jurídico.<sup>131</sup> Esta razão está conectada à ideia de um “sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça para todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando”.<sup>132</sup> A igualdade e a legalidade – afirmou Ferrajoli – são faces de uma mesma moeda;<sup>133</sup>

b) manter os juízes de instâncias e cortes inferiores vinculados ao entendimento firmado pelas cortes superiores na hierarquia é uma forma de evitar a arbitrariedade das decisões judiciais.<sup>134</sup> É um importante aspecto do Estado de Direito que as tendências, inclinações e preferências pessoais dos juízes não afetem as decisões e o modo pela qual a justiça é administrada. Sujeitos à máxima de que

<sup>131</sup> “It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 3) “Another reason often cited in favor of consistency with past decisions is that by deciding consistently, courts treat litigants equally. [...] the argument is not really an argument for equal treatment but an argument for the same treatment in cases that are deemed for some substantive reasons to be relevantly similar”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 29)

<sup>132</sup> MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 191. Piero Calamandrei, em obra na qual promoveu uma ferrenha defesa do legalismo, apontou a necessidade de se tratar as pessoas de maneira igualitária, em palavras que bem podem ser aplicadas ao presente estudo: “Esta é a alegria e a fé do jurista: levar aos homens, e especialmente à pobre gente, a sensação de que a igualdade de todos os cidadãos ante a lei não é uma mofa a que os juízes viram as costas, mas sim é uma realidade que vive e se afirma, mais forte que toda prepotência e que todo engano; dar ao inerte que quer viver em laboriosa paz a certeza de seus deveres e com ela a segurança de que em torno do seu lar e em torno de sua consciência da lei, é intangível sua liberdade; e, sobretudo, fazer entender às pessoas que esta abstração das leis, que dá aos leigos a impressão de que são mandatos vazios, separados da realidade e muito hipotéticos para ser levados a sério, é na realidade a fórmula lógica da solidariedade e da reciprocidade humana, que é a força mais eficaz de coesão da sociedade e a condição essencial de toda civilização verdadeira”. (CALAMANDREI, Pietro. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas, LZN, 2003, p. 90)

<sup>133</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del mas débil**. 4ª ed. Madri: Trotta, 2004, p. 27. “Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito positivo”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 254)

<sup>134</sup> “And if we are to take seriously the atmosphere and mood which surround the notion of *stare decisis*, if past decisions yielded precepts of ready-to-known content, if present and future decisions were already implicit in past ones, then indeed human arbitrariness would be at a minimum. (STONE, Julius. The *ratio* of the *ratio decidendi*. **The modern law review**, v. 22, nº 6, nov. de 1959, p. 599)

casos iguais devem ser julgados de forma igual auxilia na garantia de imparcialidade dos juízes, impedindo que atuem de forma arbitrária e discricionária.<sup>135</sup>

Os membros da Corte não podem revogar um precedente sempre que eles discordarem do entendimento pelo precedente veiculado, ainda que eles não tenham participado da decisão que fixou o precedente. Ao fazer isso, eles provavelmente diminuiriam a autoridade e legitimidade da Corte e reduziria o impacto de suas opiniões.<sup>136</sup>

*Justice Powell* trata a questão em termos de “legitimidade pública”: o respeito dado à Corte pelo público e pelos outros órgãos do Estado repousa em grande parte na ciência de que a Corte não é composta por juízes eleitos livremente para impor suas visões políticas sobre o Direito. Ao contrário, a Corte é composta por juízes investidos para exercer o poder judicial prescrito pela Constituição, e um importante aspecto do exercício desse poder é o respeito que a Corte demonstra pelas suas próprias decisões;<sup>137</sup>

c) a necessidade de se manter “a consistência e a coerência enquanto virtudes sistêmicas do Direito”.<sup>138</sup> Dadas as questões cruciais que frequentemente são levadas ao Judiciário, a consistência e coerência do conjunto das decisões proferidas pelos tribunais é de especial importância. Apenas seguindo as razões das decisões anteriores é que os tribunais podem prover orientação para o futuro, ao invés de uma série de decisões desconectadas sobre casos particulares. Se os tribunais frequentemente promovem alteração no seu entendimento sobre as mesmas questões, então a sociedade como um todo terá pouca confiança em

---

<sup>135</sup> STRAUSS, David A. **Must like cases be treated alike?** Public law and legal theory working paper series nº 24, Chicago, 2002, p. 18.

<sup>136</sup> “The Court, first of all, cannot realistically overrule all prior decisions with which it disagrees. To do so could quite possibly undermine the Court’s authority and legitimacy and thus reduce the impact of its opinions”. (SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G., *op. cit.*, p. 1094)

<sup>137</sup> “Perhaps the most important and familiar argument for stare decisis is one of public legitimacy. The respect given the Court by the public and by the other branches of government rests in large part on the knowledge that the Court is not composed of unelected judges free to write their policy views into law. Rather, the Court is a body vested with the duty to exercise the *judicial power* prescribed by the Constitution. An important aspect of this is the respect that the Court shows for its own previous opinions”. (POWELL JR, Lewis Franklin, *op. cit.*, p. 286) “By limiting discretion, precedent rules also reduce the opportunity for bias in decision making and correspondingly increase public faith in the impartiality of courts”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 33-34)

<sup>138</sup> MACCORMICK, Neil *op. cit.*, p. 191. Cf. Daniel A. Farber: “One of these universal justifications is efficiency: it saves time and trouble to rely on earlier decisions. To reconsider all of our commitments and practices on a daily basis would ensure paralysis”. (FARBER, Daniel A., *op. cit.*, p. 1.177)

adivinhar qual regra será aplicada no futuro;<sup>139</sup> os indivíduos tendem a confiar nas decisões judiciais e, mais importante, se os tribunais protegerem a confiança que as pessoas lhe depositam mediante a prolação de decisões consistentes (coerentes) com o conjunto de decisões passadas, todos os atores sociais serão beneficiados por essa coerência (coordenação) entre as decisões passadas e presentes, aumentando a confiança nas decisões judiciais. É um ciclo virtuoso.<sup>140</sup>

d) uma questão de economia processual, evitando que a estrutura judiciária perca tempo, esforço, recursos financeiros e humanos deliberando novamente sobre uma mesma questão que já foi debatida e decidida.<sup>141</sup>

e) por questões de política pública, seria de interesse nacional que se promova a uniformização da interpretação do Direito, propiciando celeridade na prestação jurisdicional, “na medida em que resta facilitada a pesquisa e a pronta aplicação da jurisprudência assentada, o que tudo resulta numa resposta judiciária igualitária, tempestiva e de boa qualidade para todos os brasileiros, indiscriminadamente”.<sup>142</sup>

Ressalte-se, contudo, que as vantagens do sistema de *stare decisis* acima descritas são, também, apresentadas como vantagens da lei positivada: também o conjunto de leis escritas e provenientes do legislativo visa ao tratamento isonômico, a evitar arbitrariedades, a manter a consistência e coerência do Direito etc.

Entretanto, a previsão de leis gerais e abstratas não é suficiente para garantir o tratamento isonômico de tantos quantos se encontram em situação de igualdade

<sup>139</sup> Idem, p. 1.179. “By articulating standards that are binding for the future, courts can offer some semblance of what has been called the “law of rules,” which is one aspect of the rule of law”. Nesse sentido, Alfredo Buzaid, em referência ao dissídio jurisprudencial: “O dissídio é um mal que precisa ser reparado, porque, havendo na apreciação da mesma norma legal duas interpretações contraditórias, se uma é a verdadeira, a outra por certo não o é. A uniformização da jurisprudência impõe-se, portanto, como uma necessidade social, a fim de assegurar a estabilidade da ordem jurídica. O direito perde em força e autoridade se as suas disposições não obrigarem de modo regular e permanente”. (BUZAID, Alfredo, *op. cit.*, p. 211)

<sup>140</sup> “We have noted that individuals tend to rely on judicial decisions and, more important, that if courts protect reliance by reaching consistent decisions over time, all actors will obtain the benefits of coordination. Enabling courts to lay down authoritative rules contributes in two ways to protection of reliance. First, the generality of rules increases the scope of what has been dependably settled. Second, the preemptive authority of precedent rules ensures that reliance will not be undervalued in future decision making”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 29)

<sup>141</sup> “The precedent is a shortcut which saves today’s court the cost of considering the problem afresh”. (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 26)

<sup>142</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 273.

jurídica, nem é suficiente para garantir a coerência e consistência do Direito e muito menos para evitar a arbitrariedade judicial. Ao contrário, é justamente a previsão de normas jurídicas abstratas e prévias que inaugura o problema do Direito moderno que é o de aplicá-las a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas. A existência da lei não exime a tarefa de aplicar a norma jurídica positivada de forma compatível às exigências de unicidade e irrepetibilidade que são “características das situações de vida, sempre individualizadas e concretas. [...] A redução moderna do Direito a um conjunto de normas gerais e abstratas [...] não reduziu, mas, pelo contrário, incrementou e sofisticou a complexidade social”.<sup>143</sup>

Como se verá posteriormente, não se admite mais a concepção cognitivista de que a norma jurídica deve ser extraída do texto legislativo, havendo confusão entre texto e norma jurídica. A norma jurídica é resultado da interpretação do texto legislativo. Como há uma pluralidade de intérpretes judiciais, naturalmente haverá o surgimento de divergência jurisprudencial quanto à interpretação do conjunto de leis e, portanto, haverá divergência quanto à norma jurídica resultado da interpretação.<sup>144</sup>

O deslocamento da norma jurídica – do texto legislativo para a interpretação judicial – promove igual deslocamento do *locus* da segurança jurídica: se antes esta era resultado do texto legislativo, agora é necessário que se adote técnicas que assegurem a estabilidade, coerência e integridade da interpretação judicial, somente assim garantindo-se a segurança jurídica e a igualdade de tratamento.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134-135.

<sup>144</sup> “Deve-se abandonar a ilusão de que a norma legal, quando se apresenta clara e precisa em seu enunciado, oferece um conteúdo unívoco, permanente e extenuante de dúvida, de tal sorte a dispensar a tarefa interpretativa. Muitas razões, que vão desde as dificuldades vernaculares até o próprio evoluir dos acontecimentos, valores e interesses ao longo do tempo de *duração* da norma, impõem a indispensabilidade do labor exegético, e induzem o seu inevitável corolário: a virtualidade do dissídio jurisprudencial”. Nesse sentido, a divergência jurisprudencial é “uma *virtualidade previsível*, num sistema jurídico cujo parâmetro é precipuamente fornecido pela norma legal, que por definição é *geral*, abstrata e impessoal, donde ser inevitável interpretá-la, para aplicação ao caso concreto”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 154-155)

<sup>145</sup> “Aliás, em certa medida, pode-se dizer que o sistema continental europeu abandonou o exacerbado apego à lei, eis que as construções contemporâneas privilegiam as cláusulas gerais e regras de conteúdo aberto. E, após a abertura para os processos interpretativos pós-positivistas, o fechamento do sistema é idealizado com a construção de mecanismos voltados à garantia de uniformidade na aplicação da norma jurídica. Ora, é na obediência ao precedente que se realizam a observância do princípio isonômico e ainda à coerência e continuidade dos julgamentos. Logo, a segurança jurídica passa a estar atrelada ao campo da decisão judicial e não ao conteúdo da norma

Seria contraditório admitir-se que “a lei, enquanto norma jurídica abstrata e geral”, fosse oponível de forma isonômica perante toda a sociedade mas, uma vez surgindo o litígio, sendo este levado ao judiciário para ser solucionado, admitisse que a lei, passível de diversas interpretações, fosse aplicada “ao sabor de cada órgão jurisdicional”.<sup>146</sup>

## 2.6.2 Desvantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios

Mas há também desvantagens que são frequentemente apontadas:

a) a existência de um precedente judicial obrigatório pode induzir um tribunal a aplicá-lo de forma descuidada, deixando de ver que o caso em julgamento é significativamente diferente do anterior, hipótese em que deveria ser realizado o *distinguishing*;<sup>147</sup>

b) a aplicação de um precedente em casos que envolvam grandes questões principiológicas, cláusulas gerais e princípios jurídicos indeterminados, pois estas categorias dependem de uma análise individual do caso aos quais estão sendo aplicados: “quanto mais nós confiamos em precedentes, menos frequentemente nós levaremos os princípios a sério”,<sup>148</sup>

---

jurídica”. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 220-221)

<sup>146</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 291. Nesse sentido, Sergio Chiarloni: “Ma è anche evidente che, se la legge fortemente interpretata oppure applicata in maniera non uniforme e magari fortemente contraddittoria dai diversi giudici di mérito davanti ai quali viene invocata, ci troviamo di fronte ad una violazione della parità di trattamento dei cittadini proprio nel momento in cui la legge prende vita, scendendo, per così dire, dall’astrattezza dei testi alla concretezza dei singoli casi”. CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 52)

<sup>147</sup> “A court might settle on an applicable precedent too readily, failing to see that the case in hand is significantly different from the earlier one or involves deeper issues of principle”. (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 26)

<sup>148</sup> “The more we rely on precedents, Dr Johnson is supposed to have remarked, the less often we will take principles seriously”. (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 26) Teresa Arruda Alvim Wambier faz referência a casos em que há muitas peculiaridades e nuances a serem analisadas, o que dificultaria a uniformização da jurisprudência: “[...] não podem gerar uniformização de jurisprudência, regras como estas não podem ser sumuladas (muito menos vincular) e dificilmente darão azo à admissibilidade de recursos de estrito direito: a) porque demandam investigações no plano dos fatos; b) porque é praticamente impossível haver *bases fáticas idênticas*, sendo, portanto, muito improvável

c) a possibilidade de o Direito perder sua capacidade de evolução devido à restrição exercida pela autoridade do precedente judicial obrigatório, impedindo que dele o juiz se afaste, ainda que as condições sociais e culturais tenham se alterado consideravelmente;<sup>149</sup>

d) o *stare decisis* constituir-se-ia em um Direito *ex post facto*, i. e., o Direito criado pelos tribunais seriam aplicados a fatos ocorridos antes de sua criação, gerando uma indevida aplicação retroativa do Direito. A retroatividade do Direito criado pelos tribunais, conseqüentemente, geraria injustiça.<sup>150</sup>

e) a possível ofensa ao princípio do livre convencimento do juiz e à sua liberdade funcional;<sup>151</sup>

f) o respeito a um precedente judicial obrigatório que tenha adotado um entendimento equivocado ou inadequado promoverá a reprodução do erro mediante sua aplicação em casos subsequentes.

É comum este último argumento de que um sistema de respeito a precedentes judiciais obrigatórios pode perpetuar a aplicação de um entendimento errado firmado quando do surgimento do precedente: adotando o precedente um entendimento considerado inadequado, sua aplicação obrigatória aos casos semelhantes futuros produziria uma reprodução do equívoco, provocando grandes prejuízos em nome da segurança jurídica e previsibilidade. Entretanto, aponta David Strauss, professor da Universidade de Chicago, que a uniformidade derivada da

---

que se consigam pôr lado a lado decisões e que se possa afirmar serem elas conflitantes, configurando-se, pois, assim, dissídio ou divergência jurisprudencial". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145)

<sup>149</sup> "If judges were bound by precedents much as they are bound by statutes, the opportunities for judge-made law to evolve would be considerably limited". (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 23)

<sup>150</sup> "Judge-made law is *ex post facto* law, and therefore unjust". (RANTOUL, Robert. **An oration delivered before the democrats and antimasons of the county of Plymouth at Scituate on the 4<sup>th</sup> of July 7, 1836**. Boston: Request, 1836, p. 38)

<sup>151</sup> Luiz Guilherme Marinoni atacou a ideia de que o princípio do livre convencimento do juiz concederia ao julgador a liberdade de julgar apenas de acordo com o texto da lei e em desacordo com os precedentes fixados pelas Cortes Supremas: "a possibilidade de o juiz decidir em desatenção ao Tribunal Supremo viola a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade. [...] Aliás, essa pretensa 'liberdade do juiz' nega a liberdade do cidadão, uma vez que esse, para ser livre, deve poder prever as consequências jurídicas das suas condutas. De qualquer forma, essa pouco plausível 'liberdade' do juiz para decidir em desacordo à Corte incumbida de dar sentido à lei e garantir a uniformidade da sua interpretação serviu de base para o fatídico desprezo às decisões das Cortes Supremas de *civil law*". (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: compreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74)

aplicação do precedente facilita a identificação do entendimento indesejado e sua superação. Um regime caracterizado pela falta de uniformidade das decisões judiciais poderia inviabilizar um debate racional sobre a questão. A aplicação uniforme do precedente permite uma melhor análise da questão, permitindo a discussão se aquele entendimento é ou não adequado, facilitando o processo democrático de superação do precedente e correção do entendimento equivocado.<sup>152</sup>

g) a incerteza dos conceitos utilizados pela doutrina do *stare decisis*. Todd Freed, analisando a aplicação do *stare decisis* nos Estados Unidos, afirma que a incerteza sobre os conceitos do *stare decisis* acarreta a incerteza sobre a própria aceitação da doutrina. Assim, v.g., analisa que a doutrina do *stare decisis* permite que as cortes promovam o *overruling* das decisões anteriores quando há, para tanto, justificativa especial, mas exatamente o que seria esta justificativa especial nunca foi completamente explicada sequer pela Corte Suprema. As imprecisas regras do emprego do *stare decisis* não permitiriam, assim, verificar se os princípios do *stare decisis* estariam sendo empregados de forma correta.<sup>153</sup>

h) a incerteza dos conceitos utilizados também atinge a prática do *distinguishing*: sempre que o juiz quiser julgar um caso diferente do que determinado pelo precedente, o juiz precisa apenas realizar a distinção.<sup>154</sup>

i) a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios pode ser traumática por um sistema da tradição do *civil law*, havendo a possibilidade de não se obter a harmonização do instituto com o sistema jurídico pátrio. O alerta é feito por José Carlos Barbosa Moreira:

No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a

<sup>152</sup> “So one argument for treating like cases alike, even when we aren’t sure that the rule we’re using is a good one, is that if we act that way, we are likely to get a fuller, better-focused debate about whether the rule is a good one. The uniform application will facilitate the operation of democratic processes, or other processes that might correct the error”. (STRAUSS, David A., *op. cit.*, p. 16)

<sup>153</sup> FREED, Todd E. Is Stare Decisis Still the Lighthouse Beacon of Supreme Court Jurisprudence? A Critical Analysis. **Ohio State Law Journal**, v. 57, nº 5, 1996, 1779-1780. Nesse sentido: “No man can tell what the Common Law is ; therefore it is not law : for a law is a rule of action”. (RANTOUL, Robert, *op. cit.*, p. 38)

<sup>154</sup> “The judge is human, and feels the bias which the coloring of the particular case gives. If he wishes to decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law”. (RANTOUL, Robert, *op. cit.*, p. 38)



notória diferença estrutural dos dois sistemas – o brasileiro, de linhagem europeia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o mesmo, que se harmonize com aquele.<sup>155</sup>

Realmente, é um risco que se corre ao se adotar institutos com os quais não se está familiarizado. Não é, entretanto, um obstáculo intransponível. Do alerta decorre, portanto, a necessidade de se estudar o instituto e sua forma de compatibilização com os ditames constitucionais.

---

<sup>155</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça**: alguns mitos. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v.15, nº 17, p. 153-164, jan.-jun. 2000, p. 160.

### 3 EFICÁCIA VINCULANTE E PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Teria o direito brasileiro adotado um sistema de precedentes judiciais obrigatórios? Desde há muito tempo se fala na atribuição de eficácia vinculante às decisões dos tribunais superiores e suas respectivas súmulas; mesmo com a adoção de súmulas vinculantes, decisões com eficácia vinculante no controle concentrado de constitucionalidade e a adoção de procedimento de julgamento de recursos repetitivos, não houve, de fato, a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Isto se deve ao fato de que a concessão de eficácia vinculante às decisões judiciais não veio acompanhada de uma prática jurídica apropriada à elaboração do próprio precedente judicial, quanto à sua aplicação.

Inicialmente, verificar-se-á de que forma as decisões judiciais no Brasil passaram a ter eficácia vinculante, primeiramente no que se refere às decisões que realizam o controle de constitucionalidade, seguida da apresentação doutrinária pátria sobre a eficácia vinculante das decisões judiciais, considerações sobre os dispositivos do novo Código de Processo Civil brasileiro e, por fim, a discussão travada sobre qual decisão judicial caracterizar-se-ia, no Brasil, como precedente judicial obrigatório.

#### 3.1 A EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE REALIZAM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente, foi com a Constituição de 1891 que se adotou, no Brasil, o controle difuso e incidental de constitucionalidade de inspiração do direito norte-americano. Entretanto, a adoção desse instituto não veio acompanhada com a adoção da técnica do *stare decisis*, própria do modelo da *common law*. Desta forma, a decisão judicial que declarava a (in)constitucionalidade da norma em sede de controle difuso não possuía eficácia vinculante, ainda que a decisão definitiva fosse proferida por tribunal superior. Disto decorreu a necessidade de se estabelecer, na

Constituição de 1934, o mecanismo da suspensão, pelo Senado, da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>156</sup>

A mesma determinação está presente no atual inciso X do art. 52 da Constituição Federal, que determina competir privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Entretanto, a solução adotada da técnica da resolução senatorial não alcança resultado equivalente à que se obteria com a concessão de força vinculante à decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, principalmente pelo fato de que o Senado possui a discricionariedade de suspender ou não a eficácia do ato normativo considerado inconstitucional.<sup>157</sup>

Some-se a este fato a incompatibilidade da técnica da resolução senatorial, que retira do ordenamento jurídico o texto legislado considerado inconstitucional, com as técnicas de controle de constitucionalidade que não declaram o texto positivado inconstitucional, mas apenas determinadas normas extraídas do texto como resultado da interpretação, como ocorre nas hipóteses da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto: nestes casos, não há que se falar em resolução senatorial que retire do ordenamento jurídico o texto legislado, pois apenas uma ou mais normas jurídicas obtidas como resultado da interpretação é que são consideradas inconstitucionais. Nestas hipóteses, é a concessão de força vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal que se adequa aos propósitos de tratamento isonômico e segurança jurídica.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 94-95.

<sup>157</sup> “Contudo, é de se reconhecer que, desde então, a solução aventada dispõe de reduzida *efetividade*, em virtude da propalada *discricionariedade* do Senado Federal em *suspender* a eficácia do ato normativo considerado inconstitucional”. (itálico no original) (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, 2010, p. 108)

<sup>158</sup> “Para ficar apenas numa destas hipóteses, ao se advogar pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de um dos sentidos da norma jurídica (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto), tem-se que não há como se cogitar da suspensão da eficácia do ‘texto’ da norma, razão pela qual a resolução senatorial não é compatível com este tipo de técnica de salvamento da regra jurídica. Ademais, a resolução senatorial tampouco se revela útil ou eficaz no caso de pronunciamento pela *não recepção* do direito pré-existente à Constituição vigente, motivo porque, percebe-se, hodiernamente, a manifesta insuficiência da solução engendrada no art. 52, X, da CF/88”. (itálico no original) (Ibid., p. 109)

Em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios a resolução senatorial prevista no art. 52, X da Constituição Federal não seria necessária. É que em um sistema de respeito à autoridades dos precedentes a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a (in)constitucionalidade de determinada disposição normativa, assim como as demais decisões proferidas pelos tribunais superiores, seriam dotadas de força vinculante. Não haveria diferenciação, quanto à força vinculante, entre uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a decisão proferida em sede de controle difuso. Desta forma, a disposição do art. 52, X da CF não seria necessária em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Ainda que não haja um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, identifica-se certa incoerência do sistema jurídico que reconhece força vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade mas não confere a mesma força à decisão do tribunal proferida em sede de controle difuso.<sup>159</sup>

A ausência de força vinculante das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujo texto não tenha sido retirado definitivamente do ordenamento jurídico por resolução senatorial, ou que promova interpretação conforme à Constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto permite, assim, que julgadores de instâncias inferiores continuem a aplicar o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou a norma jurídica, resultado da interpretação do texto constitucional, reputada inconstitucional.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> “A tensão ora descortinada está assentada, notadamente, na identificação de uma certa incoerência do sistema, em que o órgão de cúpula do Judiciário nacional é competente para declarar inconstitucionalidade de leis pela via abstrata, com efeitos gerais e, por outro lado, não dispõe da prerrogativa de atribuir esses mesmos efeitos no tocante às declarações de inconstitucionalidade proferidas pela via indireta, no julgamento e apreciação de recursos extraordinários isolados, *presumivelmente* imbuídas de menor alcance”. (Ibid., p. 99)

<sup>160</sup> “Em última análise, a ausência de mecanismos rígidos que assegurem a uniformidade das decisões - na via difusa - conduz a possibilidade de que os demais magistrados continuem a aplicar o ato normativo objeto de questionamento, em outros casos idênticos, considerando a presunção de sua constitucionalidade, a despeito do eventual pronunciamento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle *incidental*”. (Ibid., p. 103). Ainda, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “se o STF detém o monopólio de dar a derradeira e definitiva avaliação sobre a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, a lógica e o bom senso indicam que essa interpretação há de ser respeitada pelas demais instâncias judiciárias, porque de outro modo apenas se acumulariam os prejuízos: ao *jurisdicionado*, que debalde se insurgiria contra o entendimento do STF; à *prestação jurisdicional*, porque o processo teria sua duração inutilmente protraída; ao *serviço judiciário*, assoberbado de recursos e impugnação, todavia desde logo fadadas ao insucesso, por

Atualmente, a edição de súmulas vinculantes resolve, parcialmente, esta contradição, o que não põe fim à discussão. Voltar-se-á ao tema no subitem *infra*.

No que se refere à adoção de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, aquelas foram instituídas pela emenda regimental de 30 de agosto de 1963, tendo os primeiros 370 enunciados sumulados sido publicados em 1º de março de 1964.<sup>161</sup> À época, Aliomar Baleeiro, então ministro do Supremo Tribunal Federal, expressamente considerou a adoção de súmulas como um passo em direção ao *stare decisis* de matriz norte-americana.<sup>162</sup>

Entretanto, afirma Hermes Zaneti Júnior não ter havido a adoção do sistema de *stare decisis*, na medida em que as súmulas passaram a ser utilizadas como os assentos portugueses, aplicando-as “com caráter abstrato e genérico, sem se preocuparem com nenhuma relação das súmulas com os fatos dos casos concretos que lhes deram origem ou com a regra individual neles determinada (*ratio decidendi/holding*)”.<sup>163</sup>

Muito embora Aliomar Baleeiro negue a semelhança das súmulas com os assentos portugueses e a possibilidade de a instituição das súmulas impedir o desenvolvimento do Direito,<sup>164</sup> Hermes Zaneti Júnior afirma que a adoção das súmulas constituiu-se em um “fenômeno de recepção frustrada pela cultura local”, pelo qual os ministros do Supremo Tribunal Federal pretendiam criar um sistema de precedentes semelhantes ao da *common law*, mas criaram, na verdade, um sistema que promoveu a centralização e unificação do direitos a partir dos tribunais superiores, “ao estilo do que já havia ocorrido no passado em Portugal com os

---

esposarem entendimento diverso daquele assentado no Tribunal *ad quem*”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 294)

<sup>161</sup> ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015, p. 191.

<sup>162</sup> “A Côte Suprema, para isso, criou a fórmula do *stare decisis*, - mantenha o que tem sido decidido. Mas, de quando em quando, dela se afasta, premida pelas contingências políticas das lutas de classes, raças, religiões e partidos. Essa fórmula do *stare decisis et non quieta movere* custou muito a ser aceita pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, afinal, em 1963, atacou o problema decididamente com a *Súmula*, em que se compendiam os pontos de jurisprudência predominante”. (BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 100)

<sup>163</sup> ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 192.

<sup>164</sup> BALEEIRO, Aliomar, *op. cit.*, p. 127-128.

assentos e na Europa com as diversas formas de jurisprudência vinculante documentadas pela doutrina, jurisprudência com caráter geral e abstrato”.<sup>165</sup>

O controle abstrato de constitucionalidade somente viria a ser adotado pela Emenda Constitucional nº 16/1965, tendo a Constituição Federal de 1988 optado pelo modelo híbrido de controle de constitucionalidade, mediante previsão de técnicas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Mas é somente pela Emenda Constitucional nº 3/1993, com a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, que se passa a admitir a eficácia vinculante da decisão que exerce o controle de constitucionalidade concentrado.

Ora, possuindo eficácia vinculante a decisão que declara a (in)constitucionalidade da norma em sede de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), não havia motivos para se negar a mesma eficácia às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI): sendo declarada a (in)constitucionalidade do texto jurídico ou promovendo-se o controle de constitucionalidade sobre a norma jurídica resultado da interpretação do texto legal, a decisão deve ser dotada de eficácia vinculante, não havendo diferença se proferida em sede de ADC ou de ADI. Nesse sentido, o art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999 concedeu “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” à “declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Esta disposição está incluída no Capítulo IV da Lei nº 9.868/1999, que contém as disposições comuns tanto à ADC quanto à ADI.

Posteriormente, disposição idêntica à do art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999 foi incluída no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conferindo nova redação ao art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

Eficácia vinculante foi concedida também às decisões proferidas na arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/1999, decisão que terá “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

---

<sup>165</sup> ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 193.

Mas não se deve confundir a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que reconhecidamente se confere às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade com a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios ou com a adoção da chamada teoria da “transcendência dos motivos determinantes da decisão”.

Realmente, houve alguns julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que os motivos determinantes adotados nas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade seriam dotados de eficácia vinculante, o que ensejaria o cabimento do manejo da ação de reclamação constitucional quando houvesse desrespeito, por outros órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública, daqueles entendimentos que motivaram a decisão paradigma.<sup>166</sup>

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem, reiteradamente, afastando a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, afirmando que em sede de controle abstrato de constitucionalidade a eficácia vinculante das decisões “abrange apenas o objeto examinado pela Corte. Dessa forma, o que vincula os demais órgãos não é a fundamentação dos julgados, mas apenas seu dispositivo, afastando-se a chamada ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’”.<sup>167</sup>

Considere-se, ainda, que para fins de reclamação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, manifestou o entendimento de que a reclamação deve referir-se a situação idêntica àquela que motivou a decisão invocada como paradigma,<sup>168</sup> exigindo-se “uma relação de estrita identidade entre o ato reclamado e

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2363, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, publicado no DJ 01/04/2005, p. 7, LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 170-182; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1987 Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, publicado no DJ 21/05/2004, p. 33; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 4692 MC, decisão monocrática, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 01/11/2006, publicado no DJ 14/11/2006, p. 72.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação 4454, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe-051, divulgado em 16/03/2015, publicado em 17/03/2015.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 4003, Relator Ministro Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-043, publicado em 06/03/2009, LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 161-177.

o parâmetro de controle”.<sup>169</sup> A Suprema Corte vem exigindo, assim, “a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF” para fins de admissão da propositura da ação de reclamação constitucional, ainda que haja similitude quanto à “temática de fundo”.<sup>170</sup>

Vimos anteriormente que, em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, não se exige que a similitude fática que autoriza a aplicação da *ratio decidendi* seja absoluta, bastando que haja igualdade jurídica que autoriza a aplicação da norma jurídica firmada no precedente judicial. Ao exigir uma relação de estrita identidade entre o ato reclamado e o parâmetro de controle ou a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas, o Supremo Tribunal Federal passa a exigir identidade absoluta entre os casos, distanciando-se de um regime de precedentes judiciais obrigatórios que se contenta com uma vinculação relativa, com a possibilidade de se classificar os fatos do litígio na mesma categoria linguística que classifica os fatos que deram origem ao precedente judicial. O entendimento atualmente esposado pelo Supremo Tribunal Federal permite que se atinja uma coerência limitada entre as decisões judiciais, contentando-se que casos estritamente iguais sejam julgados de maneira idêntica; não se preocupa, assim, com a obtenção de uma coerência mais ampla, com a integridade do Direito, com a necessidade de que o conjunto das decisões judiciais forme entre si um corpo harmônico.

Outras duas reformas legislativas estabeleceram um importante marco nesta direção de concessão de eficácia vinculante às decisões judiciais: a instituição das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/2004, incluindo o art. 103-A ao texto constitucional, e a criação da técnica de julgamento de recursos repetitivos por amostragem instituída pela Lei nº 11.418/2006, regulando a aplicação da referida técnica ao procedimento de julgamento de recursos extraordinários que versem sobre idêntica controvérsia (CPC/1973, art. 543-B), e pela Lei n.º 11.672/2008, instituindo procedimento análogo para o julgamento dos recursos especiais interpostos com fundamento em idêntica questão de direito (CPC/1973, art. 543-C).

---

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 8611, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, DJe-074, publicado em 22/04/2015.

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 3294, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJe-226, publicado em 29/11/2011.



Quanto à súmula vinculante, seu enunciado vem desconectado da facticidade que deu causa à sua edição, não se confundindo com a *ratio decidendi* de um precedente judicial, que somente pode ser extraída e compreendida a partir do conjunto fático. Vimos, ainda, que o enunciado de súmula vinculante atua como norma abstrata, mais se assemelhando à função dos assentos portugueses que à *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. Quanto a esta questão, maiores explicações serão feitas no item 5.3.4 *infra*.

No que diz respeito ao procedimento de julgamento por amostragem de recursos extraordinários e repetitivos, entretanto, vem-se entendendo que suas decisões são dotadas de vinculação média ou eficácia impositiva intermediária (como será visto no item 3.2 *infra*).

É certo que há um aumento na valorização da autoridade das decisões judiciais, concedendo-se eficácia vinculante a decisões judiciais proferidas em específicos procedimentos. Todas estas disposições, entretanto, não são suficientes para que se possa afirmar ter havido a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

O Supremo Tribunal Federal, ao menos em duas oportunidades, manifestou-se expressamente pela inexistência de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Em uma primeira oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que a noção de precedente, no direito brasileiro, não é aquela dada pelos países da *common law*: no Brasil, os chamados *leading cases* não tem as consequências vinculantes que se verificam na tradição do *common law*. Afirma que o precedente, no Brasil, não desempenha o papel de fonte do direito, mas faz uma ressalva importante: salvo nas hipóteses constitucional ou legalmente previstas, como ocorre nas ações constitucionais de controle abstrato de constitucionalidade. Quanto aos demais precedentes, estes seriam apenas persuasivos, influenciando, direta ou indiretamente, “na aplicação do direito pela jurisdição inferior”, desde que não haja outra decisão do tribunal em sentido diferente. Assim, no sistema brasileiro, afirma a Ministra, o precedente serve apenas “como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é

ponto de chegada. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido”.<sup>171</sup>

Em sentido semelhante, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, apesar da ausência de eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, seria equivocado afirmar que as decisões da Corte “se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações”: ao contrário, afirma o Ministro, a jurisprudência do STF vem “exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral”. E conclui:

No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. [...] Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões.<sup>172</sup>

Não se adotou, ainda, no direito brasileiro, um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, muito embora a eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrata, das súmulas vinculantes e das decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivo. Mas estas exceções não permitem inferir que um sistema informado pelo *stare decisis* tenha sido adotado.

### 3.1.1 A resolução senatorial do art. 52, X da CF e sua mutação constitucional

O fortalecimento do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e a tendência de objetivação do recurso extraordinário tem levado parte da doutrina a defender que as decisões proferidas

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4708, Relatora Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 20/10/2006, publicado no DJU 23/11/2006, p. 50, RDDP nº 48, 2007, p. 183-187

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na Petição 3388, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, DJe-023, publicado em 04/02/2014.

em sede de controle concreto de constitucionalidade também seriam dotadas de eficácia vinculante, o que seria permitido a partir de uma alegada mutação informal do art. 52, X da Constituição Federal.

Assim, v. g., Luiz Guilherme Marinoni tece considerações sobre o art. 52, X, da CF, demonstrando que a competência do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal somente tinha sentido quando ainda não havia sido elaborada a doutrina da coisa julgada *erga omnes* (para o controle concentrado) e a teoria da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão (para o controle difuso). Desta forma, a omissão do Senado Federal não poderia ser obstáculo à eficácia vinculante de uma decisão do STF.<sup>173</sup> E complementa:

Lembre-se, de outra parte, que a eficácia vinculante só tem sentido quando ligada aos motivos determinantes da decisão. A percepção de que as decisões do Supremo Tribunal Federal constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, tornou imprescindível atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes de suas decisões, *não importando se estas são proferidas em controle concentrado ou difuso*. Paradoxalmente, ao contrário do que se poderia imaginar numa primeira análise, a eficácia vinculante tem maior importância para o controle difuso do que para o controle concentrado, já que, nesse último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral.<sup>174</sup>

Este posicionamento, entretanto, não é pacificamente aceito. A instituição da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao acrescentar o art. 103-A ao texto constitucional, teria criado um instituto hábil a conferir força vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Que sentido faria a criação de um instituto (a súmula vinculante) – pergunta-se Eduardo Talamini – “sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive *quorum* qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em ‘reiteradas decisões’ do Supremo Tribunal, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia?”<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...**, p. 462-464.

<sup>174</sup> Ibid., p. 463-464.

<sup>175</sup> TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro**: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 700.

O Supremo Tribunal Federal parece adotar também o posicionamento de que as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade não possuem eficácia geral e vinculante. Essa a decisão tomada pela Corte, em voto da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, em entendimento seguido pelos Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, de que

Embora as decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não possuem, por si, eficácia geral e vinculante, elas formam orientação jurisprudencial dominante, pois são prolatadas pela expressão maior do princípio da colegialidade do órgão que ocupa a posição central no sistema jurisdicional. Vale dizer, as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, têm densidade normativa suficiente para autorizar o julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil (cf., em reforço, o art. 101 do RISTF).<sup>176</sup>

Entretanto, no julgamento da Reclamação 4335, a questão novamente foi decidida no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de reclamação movida pela Defensoria Pública da União em face do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que negava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, negando-se, portanto, a aplicar o entendimento firmado no HC 82.959 que considerou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

Ao negar as progressões de regime, filiou-se o juiz de direito reclamado à corrente que considera que as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade possuem apenas eficácia *inter partes*.

O juiz de direito reclamado fez publicar, em diversos pontos do Fórum da Comarca de Rio Branco/AC, o seguinte comunicado:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que a recente decisão plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do 'habeas corpus' nº 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º da Lei 8.072/907), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 518.672, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-113, publicado em 19/06/2009.

declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.<sup>177</sup>

Em extenso voto, concluiu o relator Ministro Gilmar Mendes pela ocorrência de autêntica mutação constitucional, em decorrência da completa reformulação do sistema jurídico, acarretando nova compreensão da resolução senatorial prevista no art. 52, X da CF. Teria havido, assim, reforma da Constituição Federal sem expressa modificação do texto. Acrescenta que esta regra passa a ter a função de mera publicidade da decisão do STF. O Senado Federal não teria mais a faculdade de publicar ou não a resolução, conferindo ou não eficácia vinculante à decisão do STF; ao contrário, passaria a ter dever de publicação. A eficácia vinculante da decisão do STF em sede de controle difuso, assim, não decorreria mais da resolução do Senado Federal: esta eficácia decorreria da própria decisão da Suprema Corte que conteria força normativa. A reclamação foi, portanto, julgada procedente pelo ministro relator.<sup>178</sup> O voto do ministro relator foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau.

Entretanto, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou entendimento contrário à alegada mutação constitucional do art. 52, X da CF. Reconheceu que sua utilidade teria ficado obsoleta, principalmente após a instituição das súmulas vinculantes: somente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou os entendimentos esposados em enunciados de súmula vinculante é que seriam dotados de eficácia vinculante. Entretanto, ao final, conheceu a ação de reclamação como *habeas-corpus*, de modo a determinar ao juiz de direito reclamado a análise dos requisitos necessários à progressão de regime.<sup>179</sup>

O Ministro Joaquim Barbosa seguiu o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence afirmando que o STF não depende mais do Senado Federal para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso; para tanto, deve-se valer da edição de súmula vinculante acerca da questão. Remanesceria, assim, a competência do Senado Federal para, valendo-se de critérios políticos, utilizar da resolução prevista no art. 52, X da CF que mantém,

---

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208, publicado em 22/10/2014, p. 11.

<sup>178</sup> Ibid., p. 53-60.

<sup>179</sup> Ibid., p. 95-96

assim, seu significado tradicional.<sup>180</sup> Também o Ministro Joaquim Barbosa conheceu da ação de reclamação como *habeas-corpus*.

O Ministro Ricardo Lewandowski enveredou-se pelo mesmo entendimento: ressaltou que um Poder de Estado não pode, por meio de interpretação do texto constitucional, suprimir uma competência de outro Poder de Estado, o que seria incompatível com a lógica do sistema de freios e contrapesos; esta prática ofenderia ainda o art. 60, § 4º, III da CF, que erigiu a separação dos poderes à condição de cláusula pétrea, de forma que a competência de um dos poderes sequer poderia ser suprimida por emenda constitucional; por fim, concordou que o meio apropriado de se conceder eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade se dá por intermédio de edição de súmula vinculante. Foi o que aconteceu no curso do julgamento da reclamação ora sob comento, em que o próprio STF editou a súmula vinculante nº 26, concedendo eficácia vinculante à declaração de inconstitucionalidade que determinou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos. Ao final, concedeu *habeas-corpus* de ofício.<sup>181</sup>

O Ministro Teori Zavascki afirmou que a força expansiva das decisões do STF, ainda que tomadas em sede de controle difuso, não decorre apenas nas hipóteses do art. 52, X da CF, mas sim que se trata de “fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores”.<sup>182</sup> Ao final, julgou procedente a reclamação devido à superveniência da súmula vinculante nº 26.

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso considerou inviável o entendimento da mutação constitucional do art. 52, X da CF, que esbarraria na literalidade do dispositivo. O Ministro enfatizou que não concorda com a técnica da resolução senatorial, pois a eficácia vinculante de uma decisão do STF não deveria ficar à mercê de uma decisão do legislativo, mas vê obstáculo na literalidade do texto constitucional que não permitiria a mutação aventada. Ao final, destaca: “eu acho até

---

<sup>180</sup> Ibid., p. 99.

<sup>181</sup> Ibid., p. 121-129.

<sup>182</sup> Ibid., p. 162.

que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do texto”.<sup>183</sup>

Este entendimento foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Marco Aurélio. Por fim, o Ministro Celso de Mello seguiu o voto do Ministro Teori Zavascki.

Portanto, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, é de que não teria havido mutação constitucional do art. 52, X da CF.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que o regime da repercussão geral e a eficácia vinculante da decisão que reconhece a repercussão geral tornaria objetivo, em definitivo, a natureza do controle de constitucionalidade promovido em sede de controle difuso. Não é esse, entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: a Suprema Corte mantém o entendimento de que a decisão tomada pelo Plenário em recurso extraordinário inserido na sistemática da repercussão geral “não se equipara àquelas prolatadas nos julgamentos de processos de natureza objetiva”, de forma que a decisão proferida no recurso extraordinário afeto ao regime da repercussão geral somente vincula os demais órgãos judiciários, para fins de sua aplicação aos outros casos concretos, mediante observância do específico procedimento estabelecido para o julgamento por amostragem. A eficácia vinculante da decisão que julga recurso extraordinário vinculado à sistemática da repercussão geral somente lança suas consequências dentro do âmbito do sistema de julgamento de recursos repetitivos; não pode, assim, ser fundamento de reclamação constitucional.<sup>184</sup>

Em suporte ao entendimento de que a decisão proferida em sede de julgamento de recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral não possui eficácia vinculante, o Ministro Luís Roberto Barroso lembra a possibilidade prevista pelo art. 543-B, § 4º do CPC/1973,<sup>185</sup> que prevê a possibilidade de o tribunal local manter a decisão contrária à orientação firmada pelo STF.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 185-186.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 17914, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, DJe-171, publicação em 04/09/2014.

<sup>185</sup> CPC/1973, art. 543-B, § 4º. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. Há previsão semelhante no CPC/2015, art. 1.041. Mantido o acórdão divergente

O objetivo do sistema de repercussão geral não seria o de atribuir eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário. O instituto da repercussão geral, afirmou a Ministra Ellen Gracie, tem como finalidade “desafogar o Supremo Tribunal Federal e racionalizar a sua atividade jurisdicional”, o que é obtido mediante a restrição “do conhecimento dos recursos extraordinários àqueles que apresentem questão constitucional de tal relevância que sua solução seja do interesse da sociedade e não apenas das partes”. No sistema de repercussão geral e julgamento de recursos extraordinários repetitivos, a atuação do STF somente se dá de forma subsidiária: após o julgamento do recurso extraordinário afetado, o STF só atua se o tribunal *a quo* “negar observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão”.<sup>187</sup>

Nesse sentido, também Eduardo Talamini afirma que, no julgamento de recurso extraordinário por amostragem não há determinação aos demais órgãos do Judiciário ou da Administração Pública de que seja adotado o entendimento firmado pelo STF: não haveria vinculação dos órgãos jurisdicionais inferiores, mas “possível extensão do resultado do julgamento a outros recursos extraordinários que viriam a ser julgados *pelo próprio STF*”.<sup>188</sup>

Mais adiante (item 3.3 *infra*) apontaremos nosso entendimento sobre a eficácia das decisões proferidas em sede de julgamento por amostragem a partir das novidades introduzidas pelo novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015.

---

pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

<sup>186</sup> “As decisões proferidas em recursos extraordinários, ainda que julgados em regime de repercussão geral, não geram efeitos vinculantes. Tanto é que o art. 543-B, § 4º, do CPC prevê a possibilidade, em tese, de manutenção de decisão contrária à orientação firmada pelo STF, não se extraíndo daí, como consequência, o cabimento de reclamação, e sim a liminar cassação ou reforma da decisão recorrida, nos autos do próprio recurso extraordinário interposto”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 17512, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, DJe-186, publicação em 25/09/2014)

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 10793, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, DJe-107, publicado em 06/06/2011, RT v. 100, nº 910, 2011, p. 379-392.

<sup>188</sup> TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 239.



Assim, no que se refere à resolução senatorial prevista no art. 52, X da CF e sua possível mutação constitucional, embora entendamos não ser o sistema mais adequado, concordamos com a opinião do Ministro Luís Roberto Barroso:

Eu também não acho boa a solução constitucional de submeter uma decisão do Supremo Tribunal Federal a uma deliberação política do Congresso Nacional. Não acho uma solução feliz. Mas é a que, a meu ver, consta da Constituição. [...] De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante.<sup>189</sup>

Reafirmamos, entretanto, que em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios a resolução senatorial prevista no art. 52, X da Constituição Federal não é necessária. Em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios as decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas força vinculante, não havendo diferenciação, quanto à força vinculante, entre uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a decisão proferida em sede de controle difuso.

### 3.2 A EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A doutrina pátria apresenta algumas classificações acerca da existência de diferentes espécies de eficácia vinculante ou meramente persuasiva das decisões judiciais. Uma proposta de classificação é-nos apresentada por José Rogério Cruz e Tucci, que classifica os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro em três espécies:<sup>190</sup>

<sup>189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208, publicado em 22/10/2014, p. 185-186.

<sup>190</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 112.

a) precedentes com eficácia meramente persuasiva: são os precedentes judiciais que “constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante”. Embora classificados como precedentes com eficácia meramente persuasiva, o Autor faz importante ressalva de que compete aos julgadores outorgar aos precedentes oriundos dos tribunais superiores revestidos da marca de definitividade “o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal”;<sup>191</sup>

b) precedentes com relativa eficácia vinculante (*force de facto*): sob esse nome, o Autor considera a eficácia das súmulas que derivam do procedimento de uniformização de jurisprudência (CPC/1973, arts. 476 a 479), as súmulas que impedem a interposição de recursos e permitem o julgamento do recurso por decisão monocrática do relator;<sup>192</sup>

c) precedentes com eficácia vinculante: somente possuiriam eficácia vinculante no ordenamento jurídico brasileiro: i) as súmulas do STF; ii) as decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade; e iii) as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos.<sup>193</sup>

Eduardo Talamini apresenta as diferentes acepções da expressão força vinculante, correspondentes aos diferentes graus de impositividade da decisão judicial:

a) vinculação fraca é aquela da qual decorre mera força persuasiva, própria dos precedentes interpretativos ou persuasivos: “trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas de *civil law*”;<sup>194</sup>

b) vinculação média é a que se encontra nas hipóteses em que, diante da existência de precedentes judiciais ou de orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza aos órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências

---

<sup>191</sup> Ibid., p. 112-113.

<sup>192</sup> Ibid., p. 114-118.

<sup>193</sup> Ibid., p. 119.

<sup>194</sup> TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 144.

de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo. Nestes casos, “há, além da força persuasiva a que se aludiu antes, um regime jurídico que expressamente atribui consequências especiais ao precedente ou à orientação jurisprudencial”.<sup>195</sup> Nesse sentido, a eficácia vinculante somente teria vinculação média, por exemplo, na jurisprudência dominante do STF, dos Tribunais Superiores e do próprio tribunal que autorizam o relator a decidir monocraticamente o recurso (CPC/1973, arts. 557 e 544, § 4º); a súmula do STF ou STJ que impede o recebimento de recurso de apelação que ataca sentença proferida com fundamento naquelas súmulas (instituto da súmula impeditiva de recurso (CPC/1973, art. 518, § 1º)); os julgamentos de recurso extraordinário e recurso especial por amostragem (CPC/1973, arts. 543-B e 543-C) segundo o sistema de julgamento de recursos repetitivos, dentre outras hipóteses;

c) vinculação forte é a que impõe a adoção do entendimento firmado pelo precedente judicial aos demais órgãos aplicadores do direito, para hipóteses semelhantes em que a mesma questão jurídica estiver sendo discutida, sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão. Somente a vinculação forte é que poderia ser considerada força vinculante propriamente dita (ao contrário da eficácia vinculante fraca e média, que não se constituíram em eficácia vinculante).<sup>196</sup>

Classificação semelhante é apresentada por Patrícia Perrone Campos Mello, que classifica em três espécies os precedentes judiciais de acordo com sua eficácia:<sup>197</sup>

a) precedentes com eficácia normativa: estabelecem um entendimento que obrigatoriamente deverá ser aplicado em casos análogos; seus efeitos se projetam para além do caso decidido, fixando o entendimento jurídico a ser aplicado nos casos semelhantes;

b) precedentes com eficácia impositiva intermediária: sua eficácia não torna obrigatória a aplicação do entendimento jurídico firmado aos casos análogos, mas sua não aplicação, além de gerar profundas críticas e sujeitar a decisão a uma provável revisão, possui efeitos mais brandos que se projetam para além do

---

<sup>195</sup> Ibid., p. 147.

<sup>196</sup> Ibid., p. 148.

<sup>197</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63-66.

processo no qual o precedente foi formado, como, v.g., a existência de facilidades recursais e a possibilidade de os futuros julgadores valerem-se de uma “fundamentação mais rarefeita” quanto ao direito aplicável quando aquele precedente for invocado;

c) precedentes com eficácia meramente persuasiva: a invocação do precedente se dá apenas com o intuito de persuasão do julgador a favor da tese jurídica apresentada pela parte interessada; não há obrigatoriedade de sua aplicação.

Tem-se, portanto, no direito positivo brasileiro, constitucional e infraconstitucional (com exceção do CPC/2015, cujos dispositivos serão analisados no próximo item 3.3), um conjunto de dispositivos que: a) concedem eficácia vinculante a algumas decisões, proferidas em procedimentos específicos (procedimento das ações no controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes); b) concedem a determinadas decisões eficácia vinculante média, autorizando a adoção de providências de simplificação do procedimento pelos órgãos julgadores ou pela Administração Pública (procedimento de julgamento por amostragem de recursos extraordinário e especial repetitivos, da forma como está regulado pelo CPC/1973 e súmulas de orientação jurisprudencial predominante); c) demais decisões judiciais oriundas dos tribunais superiores com eficácia meramente persuasiva.

Todas aquelas disposições não são suficientes para se instituir um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. De fato, apenas nas hipóteses em que há eficácia vinculante forte é que se estaria manejando com algo próprio a um sistema em que se reconhece a autoridade das decisões judiciais entendidas como precedente obrigatório, i.e., como fonte do Direito.

Por sua vez, as decisões proferidas em sede de julgamento de recurso repetitivo – da forma como esse procedimento está regulado no CPC/1973 - são dotadas de eficácia vinculante média, somente impropriamente podendo-se dizer que são dotadas de força vinculante.<sup>198</sup> Considerações acerca do procedimento de julgamento por amostragem regulado no novo Código de Processo Civil serão

---

<sup>198</sup> “Nestas hipóteses, não há a obrigatoriedade da adoção de tais medidas de sumarização procedimental. As regras em questão *autorizam* tal encaminhamento. Não o impõem. Não são regras de imposição, mas, pelo contrário, de *dispensa* de determinada imposição. Portanto, também nessa hipótese o emprego do termo ‘vinculação’ é impróprio”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 93)

tecidas adiante (item 3.3 *infra*) Mas não é só: como será visto posteriormente, a forma como se pratica o julgamento de recursos repetitivos não se compatibiliza com as garantias processuais constitucionais da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e da ampla defesa. A prática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios é significativamente diferente da prática que decorre do procedimento de julgamento de recursos repetitivos.

### 3.3 PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil adotado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/2015), apresenta uma série de dispositivos acerca das decisões judiciais e sua eficácia. Entendemos que o CPC/2015, por si só, não é suficiente para se afirmar que tenha havido a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios propriamente dito, mas inegavelmente promoveu uma importante valorização das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores. Vejamos algumas das disposições trazidas pelo CPC/2015 nesse sentido.

#### 3.3.1 Julgamento por amostragem de recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil

O CPC/2015, ao regular o procedimento de julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, estabeleceu uma série de determinações a serem tomadas após o julgamento da questão afetada e publicação do respectivo acórdão (CPC/2015, art. 1.040):

a) o inciso I do art. 1.040 determina que o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem *negará* seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior. Estabeleceu, assim, uma hipótese de não cabimento do recurso, autorizando a realização do juízo de admissibilidade negativo do recurso interposto;

b) o inciso III do mesmo artigo, por sua vez, determina que os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e *aplicação* da tese firmada pelo tribunal superior.

Tanto o inciso I quanto o inciso III do art. 1.040 do CPC/2015 utilizam-se de vocábulos que estabelecem uma determinação, seja ao presidente ou vice-presidente do tribunal que deverá negar seguimento aos recursos sobrestados na origem quando o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior, seja ao determinar que os processos suspensos retomarão seu curso para que seja *aplicada* a tese firmada no tribunal superior.

Entretanto, o inciso II do art. 1.040 do CPC/2015 não determina que o tribunal de segunda instância, que proferiu o acórdão recorrido cujo processo foi sobrestado por ter a mesma questão de direito do recurso selecionado, ao reexaminar o processo deva rever seu posicionamento para fins de se adequar ao entendimento firmado pelo tribunal superior. A disposição determina apenas que o tribunal de origem, por seu órgão que proferiu a decisão objeto do recurso sobrestado, “reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior”. Em seguida, o *caput* do art. 1.041 do CPC/2015 prevê a possibilidade de o tribunal de origem manter o acórdão divergente, hipótese em que o recurso especial ou extraordinário deverá ser remetido ao respectivo tribunal superior. Pode o tribunal de origem, portanto, manter o acórdão divergente do entendimento firmado pelo tribunal superior, hipótese em que o processo será remetido ao tribunal superior para julgamento do respectivo recurso interposto.

Como compatibilizar a disposição do art. 1.040, III, que determina a aplicação da tese firmada pelo tribunal superior na sistemática de julgamento de recurso repetitivo pelos juízes de primeira e segunda instâncias aos processos suspensos e o art. 1.041, que não prevê a mesma obrigatoriedade de aplicação da tese firmada pelos tribunais superiores aos desembargadores de tribunais locais quando o acórdão já houver sido proferido?

Parece-nos, neste caso, que se optou por não ser possível obrigar os julgadores de segunda instância a alterar sua própria decisão já proferida. É certo que podem fazê-lo, reformando o próprio acórdão e adaptando-o à tese firmada pelo tribunal superior. Mas optou o legislador pela não obrigatoriedade de os julgadores, nos tribunais locais, terem de alterar sua decisão já proferida.

O mesmo não acontece com os processos suspensos em primeiro e segundo grau, quando a decisão definitiva – sentença ou acórdão – ainda não foi proferida. Neste caso, há expressa determinação do texto do novo Código de Processo Civil de que a tese firmada pelo tribunal superior deve ser aplicada.

Poder-se-ia questionar se a facultatividade prevista pelo art. 1.041 do CPC/2015 não se coadunaria com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Como afirmamos anteriormente, um sistema de *stare decisis* não depende de um procedimento específico do qual resultaria a criação de precedentes obrigatórios: em um sistema de *stare decisis*, a autoridade dos precedentes judiciais decorre da prática jurídica que reconhece a necessidade de se promover a racionalidade do sistema, a igualdade de tratamento, a previsibilidade e a segurança jurídica; em sistemas constitucionais, como o brasileiro, decorre ainda da função constitucionalmente outorgada pela Constituição Federal aos tribunais superiores. Desta forma, a facultatividade do art. 1.041 do CPC/2015 não se compatibilizaria com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios por uma razão anterior à própria questão: um sistema de *stare decisis* prescinde de um procedimento específico de criação de precedentes com eficácia vinculante e sua aplicação. Com isto, não estamos realizando nenhum julgamento de valor contrário ao procedimento de julgamento de recursos repetitivos: sua adoção foi necessária para fins de se enfrentar as consequências da jurisprudência lotérica em curso no sistema judiciário brasileiro. Mas deve-se reforçar o entendimento aqui exposto de que aquele procedimento não se confunde com um sistema de *stare decisis*, seja pela forma de criação do precedente judicial (o que será visto posteriormente), seja pela forma como as decisões dos recursos sobrestados estão sendo proferidas e aplicadas em terras pátrias.

Sandro Kozikoski, ao analisar o regime de repercussão geral dos recursos extraordinários previstos na Constituição Federal e no CPC/1973, apresenta fundamentos pelos quais defende a necessidade de que o entendimento firmado pelo tribunal superior seja adotado pelos tribunais locais:

a) não se pode conceber que o tribunal inferior possa “insistir” com a reiteração da decisão anterior que espouse entendimento contrário àquele adotado pelos tribunais superiores, salvo se realizada a devida distinção entre os casos que seja suficiente para “afastar a tese objeto do precedente julgado ou a *ratio decidendi*

adotada pela Corte Suprema, apontando que a situação concreta objeto do reexame está jungida a outros aspectos fáticos, peculiaridades etc”;<sup>199</sup>

b) permitir que o tribunal local mantenha entendimento diverso daquele firmado pelos tribunais superiores promoveria o esvaziamento do “conteúdo da técnica de julgamento por amostragem e, ao mesmo tempo, vilipendiando a cognição descortinada a partir do enfrentamento da questão constitucional à luz da repercussão geral”;<sup>200</sup>

c) no que diz respeito aos recursos extraordinários repetitivos, não haveria coerência em se reconhecer eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e não se reconhecer a mesma eficácia à técnica de julgamento de recurso extraordinário repetitivo;<sup>201</sup>

d) insistindo os tribunais locais em manter entendimento contrário ao firmado pelos tribunais superiores estar-se-ia distanciando-se do “universo cognitivo da Corte Suprema, onde, presumivelmente, o debate foi guiado a partir da manifestação dos grupos de interesses diversos, com a escolha dos melhores argumentos revelados”;<sup>202</sup>

e) mantido o entendimento, pelo tribunal local, do entendimento contrário ao firmado pela técnica da amostragem, a necessidade de se encaminhar o recurso para julgamento pelos tribunais superiores consistiria em “flagrante retardamento da prestação jurisdicional”, em ofensa ao art. 5º, LXXVIII da CF;<sup>203</sup>

f) o entendimento firmado pelos tribunais superiores pelo procedimento de recurso repetitivo deve ser aplicado aos recursos sobrestados e aos casos futuros, evitando-se “verdadeiro *decisionismo*, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito”, salvo hipóteses em que seja realizada distinção apta a afastar a incidência da *ratio decidendi*.<sup>204</sup>

Atente-se à disposição do art. 927, III, *in fine* do CPC/2015, que determina aos juízes e tribunais que sejam *observados* os acórdãos proferidos em

---

<sup>199</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 264.

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Idem.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>203</sup> *Idem.*

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 265-266.



procedimento de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Há, no texto legislativo, uma determinação de que os acórdãos proferidos em sede de julgamento por amostragem seja observado pelos juízes e tribunais, o que demonstra sua força vinculante.

Ressalte-se que este dispositivo (art. 927, III, *in fine* do CPC/2015) não utiliza o vocábulo *aplicará*, mas sim o vocábulo *observará*. Isto se deve ao fato de que o juiz poderá deixar de aplicar o entendimento firmado no procedimento de julgamento por amostragem de recursos extraordinário e especial repetitivos, mas como o acórdão deve ser *observado*, deverá ser fundamentadamente afastada sua aplicação pela realização do *distinguishing*.

O mesmo não ocorre com o disposto no inciso III do art. 1.040 do CPC/2015, que determina a *aplicação* da tese firmada no procedimento de julgamento por amostragem de recursos extraordinário e especial repetitivos, pois neste caso presume-se que os processos sobrestados são juridicamente semelhantes aos processos selecionados para julgamento. Não haveria aqui – ao menos em tese – espaço para a realização do *distinguishing* ou, ao menos, quando da aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, que o devido *distinguishing* já tenha sido realizado, retirando-se o processo sobrestado indevidamente desta situação processual.

Quanto ao *caput* do art. 1.041 do CPC/2015, tendo em vista o fato de que o tribunal local já proferiu decisão em um determinado sentido, não se deve obrigar os julgadores que já proferiram decisão em um determinado processo a modificá-la, proferindo nova decisão contrária à já prolatada. É possível que o façam, reformando sua decisão a fim de compatibilizá-la com a tese firmada no tribunal superior. Mas não estão obrigados a tanto. Desta afirmação não decorre a falta de força vinculante da decisão proferida em sede de julgamento por amostragem, pois se está diante de situação *sui generis*, em que a decisão já foi proferida pelo tribunal, sendo facultado aos julgadores alterar seu entendimento, mas não obrigado a assim proceder.

Assim, com a determinação do artigo 1.040, III e do art. 927, III, *in fine*, ambos do CPC/2015, que determina a aplicação da tese firmada pelo tribunal superior nos processos suspensos, em primeiro e segundo grau de jurisdição, entendemos que a decisão proferida em sede de julgamento de recurso repetitivo possui eficácia vinculante: sua aplicação é obrigatória aos demais casos suspensos que possuam a mesma questão de direito daquela que foi afetada no tribunal superior. Não se trata

de uma mera simplificação do procedimento, como acontece no procedimento previsto no CPC/1973, que não possui uma determinação específica de que o entendimento firmado deverá ser aplicado aos processos, em primeiro e segundo grau de jurisdição, nos quais ainda não foi prolatada decisão. O inciso III do art. 1.040 do CPC/2015 e do art. 927, III, *in fine*, diversamente, determina que o entendimento fixado pelo tribunal superior seja aplicado aos processos suspensos.

### 3.3.2 Novo Código de Processo Civil e decisões com força vinculante

O CPC/2015 inova ao trazer um rol de decisões que seriam dotadas de eficácia vinculante, ao determinar, no *caput* do art. 927, que “os juízes e os tribunais observarão” as decisões constantes na lista que segue ao *caput*. Há uma evidente determinação do legislador aos juízes e tribunais para que observem as decisões arroladas no dispositivo. Não há uma determinação de que as decisões sejam aplicadas: as decisões devem ser observadas. Assim, v. g., pode o juiz deixar de aplicar a decisão, seja por realizar o *anticipatory overruling*, seja por realizar a distinção. Para tanto, deverá trazer fundamentação adequada e específica que demonstre os requisitos necessários para a não aplicação da decisão.

As decisões arroladas pelo art. 927 do CPC/2015 são as seguintes:

a) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”; é entendimento dominante, como visto anteriormente, que as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de eficácia vinculante, de modo que a disposição do CPC/2015 não traz maiores novidades à questão;

b) “os enunciados de súmula vinculante”; a súmula vinculante extrai sua força vinculante do texto constitucional, de forma que o inciso II do art. 927 do CPC/2015 somente vem repetir o que está explicitado na Constituição Federal. Ressalte-se, contudo, que não consideramos as súmulas vinculantes e seus enunciados como precedentes judiciais obrigatórios: os enunciados das súmulas vinculantes devem ser elaborados *a partir* dos precedentes judiciais, respeitadas as suas circunstâncias fáticas. A compreensão do enunciado da súmula somente pode se dar a partir da análise da decisão como um todo. Não se pode, v. g., realizar o *distinguishing* ou o

*overruling* a partir do enunciado da súmula vinculante: é imprescindível que a distinção realize o cotejo da similitude fática a partir da narrativa fática encontrada na decisão, bem como que a superação do entendimento do precedente seja feito a partir do afastamento das razões que se encontram na fundamentação do precedente que deu origem ao enunciado da súmula vinculante;<sup>205</sup>

c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; trata-se do inciso III do art. 927 do CPC/2015 que traz novas determinações importantes: primeiro, a referência aos incidentes de assunção de competência (art. 927 do CPC/2015) e de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC/2015), cujas decisões passam a ter expressa eficácia vinculante; segundo, a determinação de que as decisões proferidas em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015) devem ser observados pelos juízes e tribunais, o que, segundo nossa interpretação, significa a concessão de eficácia vinculante àquelas decisões;

d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; trata-se das súmulas de jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Conforme será exposto adiante (item 3.4.2 *infra*), em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não há que se adotar o critério da jurisprudência dominante para fins de identificação do precedente judicial obrigatório: este pode se constituir em uma única decisão. Levar em consideração um conjunto de inúmeras decisões pode dificultar, senão inviabilizar, a extração da *ratio decidendi* e a compreensão das circunstâncias fáticas que delimitam seu âmbito de aplicação futuro. Conceder eficácia vinculante a enunciados de súmulas de jurisprudência dominante é, em nosso sentir, um equívoco, na medida em que: inviabiliza a identificação da *ratio decidendi*; dificulta a compreensão das circunstâncias fáticas que delimitam o âmbito de aplicação do precedente; confunde-se com a existência da súmula vinculante, instituída constitucionalmente e que exige um procedimento específico para sua criação, com decisão específica dotada de fundamentação adequada; por fim, reitera-se nosso

---

<sup>205</sup> CPC/2015, art. 926, § 2º “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

entendimento de que os enunciados de súmula não se constituem em precedentes judiciais, mas são extraídos a partir da análise daqueles;

e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Neste caso, o dispositivo faz referência às decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais locais, garantindo a uniformização da jurisprudência no âmbito territorial do respectivo tribunal.

Há, ainda, hipótese de decisão com eficácia vinculante prevista no art. 987 do CPC/2015: a decisão, proferida pelo STF ou STJ, em sede de julgamento de recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão de tribunal local que julgou incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>206</sup>

### 3.3.3 Fundamentação da decisão judicial: identificação dos motivos determinantes e análise da similitude fática

Deve-se, ainda, analisar a novidade instituída pelo art. 489 do CPC/2015, cujo § 1º não considera fundamentada a decisão judicial quando esta invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inciso V); ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inciso VI).

O CPC/2015 estabelece, assim, a obrigatoriedade de o julgador, ao invocar um precedente judicial como fundamento de sua decisão, identificar seus fundamentos determinantes (i. e., sua *ratio decidendi*), bem como demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, o que demanda que o juiz demonstre a similitude fática entre o caso-precedente e o caso sob julgamento; determina ainda que o julgador, ao deixar de aplicar a jurisprudência ou o precedente judicial invocado pela parte, deve realizar a distinção entre os casos

---

<sup>206</sup> CPC/2015, art. 987. “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”.

(*distinguishing*), demonstrando a ausência de similitude fática entre o caso-precedente e o caso sob julgamento ou demonstrar a ocorrência do *overruling* promovido pelo tribunal competente ou que é hipótese excepcional de *anticipatory overruling*. O julgador somente pode se desincumbir destas determinações mediante apropriada e suficiente argumentação.

Os dispositivos positivados pelo CPC/2015, entretanto, não serão suficientes para que se institua um sistema de precedentes judiciais obrigatórios se não forem acompanhados da respectiva prática: identificação da *ratio decidendi* (que não pode ser substituída pelo enunciado de súmula ou ementa de acórdão), cotejo da similitude fática, justificação de aplicação do precedente judicial, realização da distinção e da superação do precedente acompanhada de fundamentação adequada.

Não nos parece que a exigência de fundamentação prevista no inciso V do § 1º do art. 489 do CPC/2015<sup>207</sup> refira-se apenas aos precedentes judiciais obrigatórios. O julgador, ao invocar um precedente judicial, persuasivo ou obrigatório, deverá extrair seus fundamentos determinantes (i. e., sua *ratio decidendi*) para fins de justificar a decisão final. A exigência de extração dos fundamentos determinantes do precedente invocado – persuasivo ou vinculante – constitui-se em condição de racionalidade na aplicação dos precedentes como fundamento da decisão judicial, a fim de que se possa demonstrar que o precedente judicial está sendo aplicado em caso juridicamente semelhante. Esta exigência não decorre do art. 489 do CPC/2015: este dispositivo veio apenas explicitar aquela exigência de racionalidade. Isto porque não consideramos adequada a técnica de fundamentação das decisões judiciais pela mera invocação da ementa do acórdão (questão que será, adiante, retomada).

E quanto à exigência prevista no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015?<sup>208</sup> Neste caso, entendemos que o dispositivo faz referência apenas aos precedentes judiciais obrigatórios, dotados de eficácia vinculante. Explica-se: para

<sup>207</sup> CPC/2015, art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

<sup>208</sup> CPC/2015, art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

aplicação do precedente judicial obrigatório, basta à parte interessada invocar o precedente judicial que se pretende ver aplicado, em geral, apenas uma decisão ou poucas decisões (nos casos de formação paulatina da *ratio*). Entretanto, quando se fala em precedentes judiciais persuasivos, é costume que se apresente uma lista extensa de ementas daqueles precedentes judiciais (prática corriqueira na advocacia brasileira): quanto maior o número de decisões em um determinado sentido, maior seria a persuasão, a força de convencimento.

Não se pode exigir que o julgador promova a realização da distinção para cada um dos precedentes persuasivos colacionados à exaustão pelos advogados das partes. Se o precedente é apenas persuasivo, não sendo obrigatória sua aplicação/observação, não há motivos para se exigir que o julgador tenha de dar razões especiais para não aplicá-los, promovendo, v. g., a distinção. Cabe ao julgador fundamentar seu entendimento contrário ao entendimento exposto pelos precedentes persuasivos colacionados, na medida em que não concorda com o entendimento firmado pelo precedente. Isto não seria possível em se tratando de precedente judicial obrigatório, cujo entendimento deve ser aplicado/observado pelo julgador ainda que este com aquele não concorde (salvo as hipóteses de distinção devidamente fundamentada).

No caso anterior – inciso V do § 1º do art. 489 do CPC/2015 – é dever do julgador extrair o fundamento determinante do precedente que invocar. Assim, se se valer de precedente persuasivo para fundamentar sua decisão, deverá extrair a respectiva *ratio decidendi*. Não é de se esperar, portanto, que, diante desta obrigatoriedade, o julgador irá colacionar um grande número de precedentes judiciais persuasivos que fundamente sua decisão. Quanto à invocação, pelo julgador, de precedente judicial obrigatório, como este se constitui, em geral, de uma única decisão, basta extrair a *ratio decidendi* daquele precedente obrigatório.

O mesmo não se pode dizer da exigência posterior, prevista no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015, pois nesta hipótese são os advogados das partes que apresentam os precedentes judiciais cuja orientação pretendem ver aplicados. Não estando o julgador vinculado aos precedentes judiciais persuasivos apresentados pelos advogados (e não por ele próprio, o julgador – hipótese do inciso V), não é necessário apresentar especial justificação para não aplicá-los. Quanto aos precedentes judiciais obrigatórios, ainda que invocados pelos advogados das partes,

caberá ao juiz aplicá-los ou realizar a distinção, devidamente fundamentada, como preconizado pelo art. 489 do CPC/2015.

### 3.4 A IDENTIFICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.4.1 Precedente judicial vinculante e persuasivo

Diferencia-se o precedente judicial em sentido amplo do precedente judicial em sentido estrito. O precedente judicial em sentido amplo é aquele apto a influenciar o julgamento de casos no futuro, mas não possui eficácia vinculante, servindo apenas como parâmetro de julgamento. Nos países da *common law*, é designado de *persuasive precedent*, pois seu efeito é apenas de persuasão, de convencimento. Por outro turno, precedente judicial em sentido estrito é aquele dotado de autoridade, isto é, condiciona o resultado do julgamento futuro de casos substancialmente idênticos. É chamado de *binding precedent* nos países da *common law*.

Um precedente judicial com autoridade – *binding precedent* – obriga os juízes a segui-lo ainda que eles não concordem com o que ficou pelo precedente estabelecido: ele vincula os juízes, isto é, exclui a possibilidade de discricionariedade judicial ao decidir os casos futuros. Por sua vez, um precedente persuasivo – *persuasive precedent* – não vincula os juízes futuros, mas são levados em consideração, fortalecendo a fundamentação judicial.<sup>209</sup>

Na doutrina pátria, Hermes Zaneti Júnior entende não haver sentido em se falar de precedentes persuasivos: os precedentes judiciais são vinculantes, dotados de autoridade; outras decisões proferidas pelos tribunais que não possuam eficácia

---

<sup>209</sup> SALMOND, John William, *op. cit.*, p. 163. No mesmo sentido, de que o precedente judicial vinculante é caracterizado pelo fato de dever ser aplicado mesmo quando o julgador não concorde com o que ficou por ele decidido: “[...] courts should apply previously announced rules to present cases that fall within the rules’ terms even when the courts’ own best judgment, all things considered, points to a different result”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 27)

vinculante seriam apenas decisões judiciais que compõem o conjunto da jurisprudência, não podendo, portanto, ser identificados como precedentes.<sup>210</sup>

Larry Alexander e Emily Sherwin concebem a diferença entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos de forma original, estabelecendo a diferença entre um “modelo natural de precedente judicial” e um “modelo normativo de precedente judicial”. Pelo modelo natural de precedente judicial, as decisões anteriores dos tribunais não são dotadas de autoridade: seus efeitos são aqueles normais decorrentes de quaisquer decisões, influenciando as decisões posteriores na busca da confiança e da igualdade, possuindo, portanto, valor epistêmico; pelo modelo normativo de precedente judicial estabelece-se um entendimento normativo (*rule-oriented understanding*) do precedente judicial, concedendo-lhe autoridade para solucionar os litígios futuros mediante as regras estabelecidas pelo precedente. Isso implica que a solução adotada pelo tribunal anterior é a solução a ser adotada pelo tribunal posterior.<sup>211</sup>

Haveria uma nítida diferença entre as dimensões de eficácia entre os precedentes em sentido amplo e os precedentes em sentido estrito. A dimensão de eficácia, aqui, é entendida em termos de intensidade da influência que o precedente exerce sobre as decisões a serem adotadas nos casos futuros. Enquanto nos países da *common law* o precedente judicial é o ponto de referência normativo, nos países da *civil law* o precedente geralmente é dotado de força persuasiva, sendo considerado fonte secundária ou de conhecimento do direito. Estes graus de eficácia das decisões judiciais sobre os casos subsequentes são chamados de *degrees of normative force*.<sup>212</sup>

É um erro pensar que os tribunais de jurisdição da *civil law* nunca respeitaram os precedentes judiciais. Com efeito, a doutrina do *stare decisis* é muito mais comum nos países da tradição do *common law*, mais especificamente com a constituição da moderna doutrina do *common law*, enquanto os advogados e juízes dos países da

---

<sup>210</sup> ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 327.

<sup>211</sup> ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>212</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros..., p. 99-100.



*civil law* tendem a pensar o precedente mais como um argumento persuasivo que um argumento dotado de autoridade, vinculativo.<sup>213</sup>

Em outras palavras, tradicionalmente os juristas dos países da *civil law* encaram o precedente judicial mais em seu sentido amplo que em seu sentido estrito, mais como uma fonte argumentativa, de convencimento, que uma fonte de autoridade, cujos parâmetros decisórios devam ser seguidos.

O alto grau da intensidade de eficácia do precedente judicial nos países da *common law* é, portanto, o referencial normativo da teoria do *stare decisis*.<sup>214</sup>

Quando se compara os sistemas da *common law* e da *civil law*, verifica-se que o valor concedido a uma única decisão judicial proferida pelos tribunais superiores é diametralmente oposta. Nos países da *civil law* – afirma Michele Taruffo –, a existência de um único precedente referente ao caso é visto como um fundamento fraco para a decisão. Mas nos países da *common law* é visto como um fundamento forte e pode, por si próprio, servir de fundamento para a decisão. Os juristas da *civil law*, por outro lado, estão habituados a considerar muito eficaz, quase vinculante, a jurisprudência constante, de tal forma que um único precedente, dentre um grande número de decisões, é considerado um fundamento fraco.<sup>215</sup>

Além da diferença em termos de eficácia, de intensidade da influência sobre os julgamentos futuros, isto é, entre a simples influência persuasiva dos precedentes judiciais ou seu caráter vinculativo, é possível verificar diferença ontológica entre os precedentes judiciais nos países da *civil law* e os precedentes judiciais nos países da *common law*. Enquanto naqueles países o precedente judicial possui natureza

<sup>213</sup> “Although it would be a mistake to think that courts in civil-law jurisdictions never follow precedents, it is fair to say that *stare decisis* is very much a common-law – and indeed, we will see, a modern common-law – doctrine and that continental lawyers tend to think of precedent as persuasive argument rather than a legal authority”. (DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 12-13) No México, por exemplo, entre os significados que o termo “jurisprudência” pode ter, García Máynez apontou o de “conjunto de princípios e doutrinas contidos nas decisões dos tribunais”, classificando-a em jurisprudência obrigatória e não obrigatória: aquelas de aplicação obrigatória para o próprio tribunal e tribunais inferiores. Quanto à jurisprudência obrigatória, as teses jurisprudenciais teriam a mesma força normativa de um texto legal. Estas teses, por sua vez, podem se apresentar de duas espécies: interpretativas de leis ou integradoras de lacunas. MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del Derecho**. 53ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2002, p. 68-69.

<sup>214</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros..., p. 99-100.

<sup>215</sup> “Il giurista continentale è invece abituato a considerare molto efficace, e non di rado quasi vincolante, una giurisprudenza costante. È chiaro tuttavia che l’efficacia di un singolo precedente, che sia solo una voce tra le tante di un elenco ripetitivo, è assai debole: in una giurisprudenza conforme composta da centinaia di sentenze, la singola sentenza è irrilevante”. (TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio...*, p. 25)

eminentemente interpretativa, servindo como parâmetro de interpretação e aplicação da lei por determinado órgão judicial, nos países da *common law*, muito embora também haja precedentes interpretativos, “admite-se o precedente como fonte criadora do direito em caráter, digamos *ex novo*”.<sup>216</sup>

Faz parte da tradição jurídica dos países que herdaram a tradição do *common law* considerar o precedente judicial como fonte do Direito e, portanto, é-lhes natural reconhecer sua autoridade (assim como os juristas em países da tradição do *civil law* facilmente reconhecem a autoridade do texto legislativo). Mas como essa não é a tradição jurídica nos países da *civil law*, é grande a problemática em identificar quais são os precedentes judiciais em sentido estrito (*binding precedents*), aqueles capazes de não apenas influenciar, mas também de vincular os futuros julgamentos de casos materialmente semelhantes.

### 3.4.2 Jurisprudência e precedente judicial obrigatório

Quais seriam os critérios que os tribunais deveriam adotar para fins de estabelecer qual é o precedente judicial obrigatório? Evaristo Aragão Santos entende que o critério deve ser o da jurisprudência constante: “a consolidação de determinado entendimento, decorrente de uma linha prévia de decisões no mesmo sentido, funciona como pressuposto legítimo para prolação e posterior divulgação/catalogação da decisão a qual se atribui o predicado de precedente judicial”.<sup>217</sup>

<sup>216</sup> SANTOS, Evaristo Aragão, *op. cit.*, p. 137-138.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 152. Este entendimento alinha-se com outra clássica afirmação que compara a jurisprudência com o costume, muitas vezes apontando aquela como espécie deste último. Assim, por exemplo, Maria Helena Diniz afirma peremptoriamente: “Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário. A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais”. (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 21ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 298) No mesmo sentido, Rubens Limongi França, para quem, “a jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica destes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral. É, a nosso ver, quando, pela força da reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro *costume judiciário*”. (FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 178-179)

Entendemos, entretanto, que a utilização do critério da “jurisprudência constante” retoma a confusão entre jurisprudência e precedente judicial. Em um sistema jurídico que respeita a autoridade dos precedentes judiciais dos tribunais superiores, i. e., em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, uma única decisão judicial em um determinado sentido deve ser capaz de constituir-se, por si só, em precedente judicial obrigatório, vinculante. Exigir a “jurisprudência constante” é consequência, muitas vezes inconsciente, da adoção da teoria cognitivista, a comprovação de que a Corte “encontrou”, definitivamente, a norma jurídica existente no texto legislativo: somente depois de a Corte pronunciar-se, repetidamente, sobre uma mesma questão em um mesmo sentido é que se poderia ter certeza de que a norma “correta”, aquela que se encontra no texto legislativo, foi realmente “encontrada”, e portanto, pode agora, por intermédio do precedente judicial, tornar-se definitiva e vinculante aos julgadores futuros.

Michele Taruffo empreende farta distinção entre precedente judicial e jurisprudência. Primeiramente, haveria uma diferença quantitativa: enquanto o termo precedente refere-se a uma decisão relativa a um caso particular, o termo jurisprudência faz referência a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. No sistema do *common law*, tipicamente fundado sob precedentes judiciais, a decisão tida como precedente é, em geral, uma só, de tal forma que as decisões sucessivas são citadas sob o suporte do precedente. Desta forma, é fácil identificar qual decisão é o precedente. No sistema do *civil law*, que se utiliza do termo “jurisprudência”, faz-se referência a muitas decisões, às vezes dezenas ou centenas. Como consequência, torna-se difícil estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante ou quantas decisões devem haver para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação da norma.<sup>218</sup>

Em segundo lugar, haveria uma diferença qualitativa: o precedente fornece uma regra (universalizável) que pode ser utilizada como critério de decisão para casos posteriores em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. A analogia dos dois conjuntos fáticos não é dada *in re ipsa*, mas vem afirmada ou excluída pelo juízo do caso sucessivo dependendo se este considera prevalente os elementos de identidade ou os elementos de

---

<sup>218</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza..., p. 797-798.

diferenciação entre os fatos dos dois casos. Assim, a estrutura fundamental do raciocínio que aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se a análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão no segundo caso. Quanto se verifica essa condição, um único precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso sucessivo. O emprego da jurisprudência possui características diversas. Na maioria dos casos falta a análise comparativa dos fatos. Aqui, o problema constitui-se daquilo que na realidade constitui o problema da jurisprudência: trata-se sobretudo do enunciado (ementa do acórdão, no direito brasileiro) elaborado pelo tribunal. A regra e o texto do enunciado (ementa) que constituem a jurisprudência não incluem os fatos que são objeto da decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção da *fattispecie* sucessiva a uma regra geral.<sup>219</sup>

A questão da “jurisprudência constante”, entretanto, assume importância fundamental para o respeito à autoridade do precedente judicial: é que, se a jurisprudência não for constante, não estaria havendo respeito à autoridade do precedente. Fixado o precedente em um sistema jurídico em que se respeita sua autoridade, não há espaço para o surgimento de uma “jurisprudência não constante”, variável, pois a autoridade do precedente judicial impede a falta de unidade e coerência das decisões judiciais. Uma única decisão pode ser considerada precedente judicial obrigatório: a jurisprudência constante é a consequência, o resultado do respeito à sua autoridade, e não a sua fonte.

Em nosso sentir, o sistema jurídico brasileiro deve desenvolver-se no sentido de adotar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, instituídos pelos tribunais superiores, a quem foi constitucionalmente conferida competência para conferir sentido ao texto legislativo e (re)construir a norma jurídica aplicável ao caso e que servirá de: (a) guia de conduta para a sociedade; (b) norma a ser aplicada nos futuros casos litigiosos que possuam a mesma similitude fática. A esse respeito, maiores considerações serão realizadas no capítulo vindouro.

---

<sup>219</sup> Idib., p. 798-799.

### 3.4.3 Precedente judicial, súmula e julgamento por amostragem

A problemática reside em saber – em um país que herdou a tradição do *civil law* - qual decisão judicial caracteriza-se como um precedente em sentido amplo, com mera eficácia persuasiva, e qual pode ser considerada um precedente judicial em sentido estrito, capaz de vincular o julgamento de casos semelhantes futuros.

A identificação do precedente judicial com as súmulas (vinculantes ou não, de qualquer tribunal) não pode ser admitida. Como visto, a identificação do precedente judicial demanda a análise dos fatos materiais que deram origem ao julgamento que constitui o precedente e deve ser delimitado a partir da análise da fundamentação do acórdão (ainda que com auxílio do relatório e do dispositivo, quando necessários). As súmulas, por sua vez, são dotadas de natureza abstrata, desconectadas dos fatos materiais que deram origem ao julgamento. Não podem ser consideradas precedentes judiciais no sentido utilizado em um sistema de respeito à autoridade dos precedentes judiciais obrigatórios.<sup>220</sup>

Nesse sentido, andou bem o legislador ao prever, no inciso V do § 1º do art. 489 do CPC/2015 que, ao fundamentar sua decisão, o julgador que invocar enunciado de súmula deverá identificar seus fundamentos determinantes. Isto somente é possível a partir da análise das decisões que deram origem à súmula, principalmente da decisão no procedimento de edição da súmula. O mesmo ocorre com o inciso VI do mesmo dispositivo, pelo qual o julgador, ao deixar de seguir enunciado de súmula invocado pela parte, deverá demonstrar a inexistência de similitude fática, o que somente é possível a partir da análise das decisões que deram origem à súmula, inclusive da decisão proferida no procedimento de edição da súmula.

No que tange ao procedimento de julgamento por amostragem de recursos extraordinário e especial repetitivos, os acórdãos proferidos no julgamento resultado daquele procedimento constituem-se em precedente judicial obrigatório: sua aplicação é obrigatória aos demais casos suspensos que possuam a mesma

---

<sup>220</sup> A confusão entre súmula e precedente pode ser constatada na redação dada ao art. 124 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Art. 124. A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”.

questão de direito daquela que foi afetada no tribunal superior. Principalmente a partir do texto do novo Código de Processo Civil, cujos artigos 1.040, III e 927, III determinam a orientação da tese firmada pelo tribunal superior nos processos suspensos, em primeiro e segundo grau de jurisdição, entendemos que a decisão proferida em sede de julgamento de recurso repetitivo possui eficácia vinculante. Não há apenas uma simplificação do procedimento: há uma determinação de que o entendimento fixado pelo tribunal superior seja aplicado aos demais processos que versem sobre a mesma questão. Não concordamos, entretanto (questão que será mais bem demonstrada no último capítulo desta tese), com a forma pela qual as decisões são fundamentadas na atual prática de julgamento de recurso repetitivo, assim como não concordamos com a forma pela qual as decisões dos recursos sobrestados e dos casos futuros são construídas valendo-se, como fundamentação, da simples indicação da ementa do acórdão proferido no recurso selecionado para julgamento.

Assim, os precedentes judiciais obrigatórios, no sistema instituído pelo CPC/2015, principalmente a partir do rol previsto no art. 927, constituir-se-iam: a) as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade; b) as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade cuja tese seja objeto de enunciado de súmula vinculante; c) a partir do início da vigência do novo Código de Processo Civil, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.<sup>221</sup> (CPC, art. 927, I e III)

#### 3.4.4 Precedente judicial obrigatório e prática argumentativa

Qualquer decisão proferida pelos tribunais superiores – em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios – cumpridos determinados requisitos (expostos no item 5.1.4 *infra*) pode ser considerada precedente judicial obrigatório, apta a introduzir ou modificar a norma jurídica no ordenamento. De tal forma que um

---

<sup>221</sup> Conforme exposto em outras passagens do presente trabalho, não consideramos os enunciados de súmula vinculante (e tampouco os enunciados das súmulas de jurisprudência dominante), como precedentes judiciais, muito embora os incisos II e IV do art. 927 do CPC/2015 a eles faça referência.

sistema de precedentes judiciais obrigatórios não demanda a instituição de um procedimento específico para sua criação.

Em um sistema pleno de precedentes judiciais obrigatórios, não se pode aceitar o fato de que o precedente judicial com eficácia vinculante, i. e., o precedente em sentido estrito, seja identificado apenas com as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, com as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com as decisões dos tribunais superiores proferidas em incidente de julgamento de recursos repetitivos. Nestes casos, a criação do precedente judicial vinculante estaria subordinada à prévia criação legislativa daquele mecanismo, em outras palavras, seria o legislador quem indicaria qual seria o precedente judicial com eficácia vinculante. Tratar-se-ia de um vício advindo da tradição positivista, de tal forma que somente seriam obrigatórios (vinculantes) os precedentes judiciais indicados pelo legislador como tais.<sup>222</sup>

Sob esse fundamento, Evaristo Aragão Santos critica a instituição da súmula vinculante, pois esta foi uma criação do Poder Legislativo, como se as súmulas em geral já “não tivessem autoridade e consistência suficientes para serem observadas por todo o Judiciário”. Somente foi necessária a intervenção do legislador porque “o Judiciário, como regra, não se vê operando como guia da sociedade. Se assim se enxergasse, perceberia com muito mais facilidade a importância de tornar o sistema jurídico um corpo coerente e harmônico”.<sup>223</sup> Com efeito, não seria necessária a intervenção do legislativo para se trabalhar com precedentes, uma vez que se deve atribuir “*ao próprio órgão judicial a escolha e adequada divulgação das decisões que considere aptas a formar precedente judicial (em sentido estrito)*” de tal forma que, “*ao invés de considerar-se toda decisão como um precedente judicial em potencial, esse predicado deveria ser expressamente indicado pelo órgão prolator*”.<sup>224</sup> (itálico no original)

---

<sup>222</sup> SANTOS, Evaristo Aragão, *op. cit.*, p. 148-149. Concordamos com o fato de que a identificação do precedente judicial obrigatório não demanda a interposição do Poder Legislativo, previamente identificando-o ou estabelecendo procedimento para sua criação. Já houve disposição legislativa nesse sentido, como aquela encontrada no art. 1º do Decreto nº 23.055 de 9 de agosto de 1933, a saber: “As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 150-151.

Entretanto, não consideramos que se tenha adotado, no Brasil, um verdadeiro sistema de precedentes judiciais obrigatórios, sequer com o novo Código de Processo Civil. Por enquanto, consideram-se dotadas de eficácia vinculante, como exposto anteriormente: a) as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade; b) as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade cuja tese seja objeto de enunciado de súmula vinculante; c) a partir do início da vigência do novo Código de Processo Civil, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

A existência destas decisões providas de eficácia vinculante, entretanto, não nos autoriza a afirmar que o sistema jurídico brasileiro adota sequer um regime parcial de precedentes judiciais obrigatórios, no qual apenas algumas decisões judiciais, proferidas em procedimento identificado pelo legislador, são precedentes judiciais vinculantes.

Isto porque a existência daquelas decisões vinculantes, no Brasil, não está acompanhada da prática argumentativa adequada: em geral, não se identifica a *ratio decidendi* daquelas decisões, cuja invocação é substituída pela utilização do enunciado da súmula vinculante e das ementas dos acórdãos; não há, ainda, uma prática de realização do cotejo da similitude fática entre o caso-precedente e o caso em julgamento; não há uma prática jurídica de realização da distinção; os próprios tribunais superiores superam seus entendimentos sem apresentar a fundamentação adequada que justifique aquela superação, sem que haja a preocupação com a confiança justificada dos cidadãos ao entendimento previamente firmado.

A simples existência de previsão legislativa, dotando determinadas decisões judiciais de eficácia vinculante não é suficiente para se dizer que há um sistema (ainda que parcial, referente apenas a determinadas decisões) de precedentes judiciais obrigatórios, na medida em que não há uma prática jurídico-argumentativa correspondente.

Desta forma, a existência de súmulas vinculantes, decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e no procedimento de julgamento de recursos por amostragem, assunção de competência e demandas repetitivas, bem como as disposições do art. 489, § 1º do CPC/2015, por si só, não nos permite afirmar que se tenha adotado, no Brasil, ainda que parcialmente, um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. A adoção deste sistema fica, portanto, na



dependência do desenvolvimento de uma prática jurídico-argumentativa adequada ao desenvolvimento de um sistema de *stare decisis*.

### 3.4.5 Precedente judicial obrigatório proveniente dos tribunais superiores

Ao afirmarmos que os precedentes judiciais obrigatórios são aqueles instituídos pelos tribunais superiores, não restringimos, contudo, a necessidade de tratamento isonômico, de segurança jurídica, de coerência das decisões judiciais às decisões proferidas pelos tribunais superiores; também os tribunais locais e os juízes de primeira instância devem guardar coerência com suas decisões passadas, evitando toda sorte de subjetivismos, solipsismos, decisionismos, arbitrariedades, ainda que não haja precedente judicial dos tribunais superiores decidido sobre a questão.<sup>225</sup>

Até que haja posicionamento do tribunal superior constitucionalmente competente para decidir a questão, magistrados de primeira instância e dos tribunais locais devem decidir levando em consideração suas decisões passadas e as decisões dos tribunais aos quais estão hierarquicamente submetidos.<sup>226</sup> Esta exigência decorre da submissão dos juízes aos deveres inerentes do cargo que ocupam, devendo ser exercido com vistas ao tratamento isonômico, imparcial, coerente, garantindo a previsibilidade de suas decisões e a efetivação do Estado de Direito. Decorre, outrossim, da visão de que o magistrado exerce seu mister dentro de uma estrutura pública de distribuição da justiça, sobre a qual a sociedade repousa suas expectativas de justiça, segurança e isonomia de tratamento. É, por fim, exigência de racionalidade no exercício da função judicante.

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, o art. 926 do CPC/2015 determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A determinação destina-se a todos os tribunais, superiores e locais.

<sup>226</sup> “É por óbvio que a obrigação de integridade e coerência nas decisões também deve valer para os tribunais inferiores, tanto em relação às suas próprias decisões quanto em relação às decisões firmadas pelas Cortes que lhe são superiores”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266)

O juiz – afirma Melvin Eisenberg - está sob a obrigação de empregar apenas aquelas proposições que satisfazem certo critério e de estabelecer apenas aquelas regras que são geradas pela aplicação dos princípios institucionais de julgamento. Essa obrigação, assim como a obrigação de aplicar os textos constitucionais e legais decorre da adoção voluntária do cargo judicial. Esse cargo, como todos os outros, são exercidos sob confiança. As regras da confiança são princípios institucionais da adjudicação, que são fundadas nas funções sociais dos tribunais e justificadas por considerações de equidade e bem estar social. O juiz está moralmente vinculado ao aceitar o cargo em obedecer as regras que dirigem a conduta de sua função. Assim, a atividade judiciária não é dirigida apenas pelo direito das partes, mas também pelo dever do juiz.<sup>227</sup>

As decisões dos tribunais superiores, em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, possuem, assim, eficácia vinculante vertical, exercendo sua autoridade sobre todos os demais órgãos que estejam situados em patamar inferior na estrutura hierárquica do Judiciário.

Nos tribunais locais, verifica-se igualmente a eficácia vinculante vertical apenas aos juízes de primeira instância que estão hierarquicamente subordinados ao tribunal local. A eficácia vinculante vertical, entretanto, somente decorre da decisão proferida em sede de procedimento de uniformização de jurisprudência, proferida pelo plenário ou por seu órgão especial, incluindo as decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, arts. 976 a 987), no incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947).<sup>228</sup> Até que seja proferidas decisões deste jaez, é possível que haja divergência jurisprudencial entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal, não tendo havido, ainda a fixação do entendimento pelo tribunal local. Ainda que não haja divergência de entendimento entre as câmaras ou turmas do tribunal, não seria possível identificar qual seria, exatamente, a decisão que se constitui em precedente obrigatório: haveria, apenas,

---

<sup>227</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 3.

<sup>228</sup> É esta, aliás, a determinação do art. 927, III e V, do CPC/2015, que determina aos juízes e tribunais que observem “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas” e “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Assim, os desembargadores do tribunal estariam sujeitos à eficácia vinculante horizontal das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial do respectivo tribunal a que estão vinculados, enquanto os juízes de primeira instância estariam sujeitos à eficácia vinculante vertical daquelas decisões.

um conjunto de decisões no mesmo sentido, decisões proferidas pelas câmaras ou turmas com competência para o julgamento da questão. Como vimos anteriormente, não identificamos o precedente judicial obrigatório com o conjunto de decisões do tribunal em um mesmo sentido, com a chamada jurisprudência consolidada, dominante ou pacífica.

No que diz respeito à eficácia vinculante horizontal, esta também somente existiria quando houvesse decisão do tribunal pelo órgão competente para uniformizar o entendimento da corte. Não é possível falar em eficácia vinculante horizontal de uma decisão proferida pela câmara ou turma de um tribunal sobre os membros de outra câmara ou turma do mesmo tribunal. Igualmente, não há que se falar em eficácia vinculante horizontal entre tribunais diferentes de mesma hierarquia, como, v.g., entre tribunais de justiça de estados diferentes, ou entre tribunais de justiça, tribunais regionais federais, tribunais regionais do trabalho etc.

Em primeira instância, entendemos não poder se falar em eficácia vinculante vertical ou horizontal. Assim, v. g., o entendimento de um juiz de primeira instância não se impõe aos demais juízes da mesma comarca ou subseção judiciária, tampouco se impõe ao juiz que vier a substituí-lo no mesmo juízo. Como afirmamos anteriormente, o juiz de primeira instância tem o dever funcional de imparcialidade, de coerência com suas próprias decisões, de respeitar os deveres inerentes ao cargo que assumiu.<sup>229</sup> Não se trata, aqui, de eficácia vinculante das decisões judiciais nos termos estabelecidos em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Em geral, a atuação dos tribunais locais ocorre, além dos casos de processos de sua competência originária, em recursos ordinários, que visam à justiça da decisão, à aplicação do direito no caso concreto, como os recursos de apelação e de agravo de instrumento; por sua vez, os tribunais superiores, lidam com os chamados recursos extraordinários *lato sensu*, que visam à unidade do direito, como o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência. A formação do precedente judicial se dá primordialmente nestes recursos extraordinários *lato sensu*, nos processos de sua competência originária e em uma hipótese de recurso ordinário: o recurso ordinário constitucional ao STJ ou ao STF.

---

<sup>229</sup> O mesmo se aplica aos desembargadores dos tribunais de segunda instância, até que haja uma decisão proferida pelo órgão do tribunal competente para a uniformização do entendimento jurisprudencial.

A função dos tribunais locais não é a de uniformização do sentido do direito, mas de resolver os casos concretos. Quanto aos tribunais superiores, estes possuem a função de unificar o sentido do direito constitucional e infraconstitucional, seja em sede recursal, seja em sede de processos de sua competência originária (quando então também exercerá a função de solucionar os casos litigiosos).

Assim, para fins de uma teoria do precedente judicial, reconhece-se a autoridade do precedente, conferindo-lhe força vinculante, às decisões proferidas pelos tribunais superiores em decorrência de sua competência constitucional de uniformizar a interpretação do texto legislativo e a aplicação do Direito. Juízes de primeira instância e tribunais locais não possuem diretamente esta competência constitucional, mas estão jungidos às demais garantias processuais constitucionais e à obrigatoriedade de efetivar o Estado de Direito.

### 3.5 A FORÇA GRAVITACIONAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

#### 3.5.1 Força gravitacional e força de promulgação

A tradição do *common law* não se define de forma contraposta à tradição do *civil law*, assim como a noção de direito positivo não é contraposta à de direito consuetudinário ou judicial, mas sim à noção de direito natural.<sup>230</sup> Entretanto, não é possível negar as diferenças marcantes de cada uma daquelas tradições.

O Estado Moderno reservou para si o monopólio da criação do Direito, objetivando ser o único a estabelecê-lo, ou diretamente por intermédio da lei, ou indiretamente por meio do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Norberto Bobbio denominou esse fenômeno de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Na verdade, “a expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*”. (itálico no original) (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15)

<sup>231</sup> Ibid., p. 27.

O surgimento do Estado Moderno trouxe mudanças também na atuação do juiz: antes, o juiz, ao resolver os litígios, podia escolher aplicar as normas emanadas do Estado, ou aplicar critérios de equidade ou fundados na razão natural, pois todas eram normas que estavam no mesmo nível e eram consideradas Direito. Com a formação do Estado Moderno, o juiz transformou-se em funcionário do Estado e somente pode aplicar as normas emanadas deste.<sup>232</sup>

Destaque-se o surgimento da escola da exegese, na França, intimamente ligada ao positivismo jurídico, que possui entre suas principais características, dentre outras, o princípio da onipotência do legislador e a consequente concepção estatal do Direito, negando importância às demais fontes do Direito, como o Direito natural, o Direito consuetudinário, o Direito judiciário e o Direito científico; a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, nos casos de obscuridade ou lacuna da lei; o culto ao texto da lei.<sup>233</sup>

Nos países que adotam a tradição do *civil law*, o ponto nevrálgico do sistema encontra-se na lei positivada, emanada do legislador, na intenção deste ao positivar a norma jurídica. Nos países que adotam a tradição do *common law*, embora neles exista uma profusão de normas positivadas (*statute law*) com força normativa semelhante àquela encontrada no sistema do *civil law*, deve-se levar em consideração a existência de um outro elemento: a força gravitacional dos precedentes, não encontrada (ao menos até há pouco tempo) nos países que adotam a *civil law*, pelo menos não com a força com que é verificada nos países da *common law*.<sup>234</sup>

Nos países da *common law*, relata Dworkin, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores podem contribuir para a elaboração de regras novas e controvertidas de uma maneira diferente da simples interpretação de leis. Os juízes da *common law* concordam que as decisões anteriores possuem força gravitacional (*gravitational force*) ainda que eles discordem sobre o que seria exatamente essa força gravitacional. Ao contrário do legislador, que muito frequentemente se

---

<sup>232</sup> Ibid., p. 28.

<sup>233</sup> Idem.

<sup>234</sup> “Por muito tempo fonte disfarçada do direito, a jurisprudência desde então seria oficialmente reconhecida como tal, mesmo nos sistemas de forte tradição legalista como o sistema francês e os da família romano-germânica. É por isso que se atenua a oposição histórica entre esses sistemas e os de *common law*”. (DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 77)

preocupa apenas com questões de moralidade ou de política ao decidir quando vai votar em alguma questão, preservando sua independência no processo legislativo, os juízes da *common law* sempre procurarão ligar a fundamentação de suas decisões com as decisões que outros juízes tomaram no passado.<sup>235</sup>

A força gravitacional do precedente não pode ser compreendida por nenhuma teoria que busca encontrar a força do precedente em sua força de promulgação (*enactment force*),<sup>236</sup> como ocorre com a norma positivada, que retira sua força exatamente do fato de ter sido posta no ordenamento jurídico pelo legislador.

A força gravitacional de um precedente judicial pode ser explicada não pela utilização da teoria da força da promulgação, mas sim pela justiça impressa pelo princípio de que casos iguais devem ser tratados de forma igual.<sup>237</sup>

O respeito aos precedentes judiciais e sua força gravitacional está intimamente ligada com a concepção de Dworkin de integridade do direito e a metáfora do romance em cadeia.

Dworkin promove uma comparação entre literatura e direito e cria um gênero literário artificial que denomina de romance em cadeia.<sup>238</sup> No projeto do romance em cadeia um grupo de escritores escreve, em conjunto, um romance, de forma que cada escritor interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Mas adverte Dworkin que “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar”.<sup>239</sup>

O trabalho em se escrever o romance em cadeia deve ter duas dimensões: a dimensão da adequação, pela qual “a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder de explanação geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto”,<sup>240</sup> a dimensão

---

<sup>235</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 175.

<sup>236</sup> Ibid, 176.

<sup>237</sup> Idem.

<sup>238</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

<sup>239</sup> Ibid., p. 276.

<sup>240</sup> Ibid., p. 277.

da interpretação, pela qual o intérprete deve julgar, dentre as leituras possíveis qual “se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão”.<sup>241</sup>

Metaforicamente, assim também é o Direito: um romance inacabado que está sendo escrito por vários autores. O respeito aos precedentes judiciais – sua força gravitacional – garante que o juiz atual irá levar em consideração os capítulos anteriores da história do Direito, garantindo sua integridade.<sup>242</sup> Desta forma, “os magistrados devem se pautar no princípio da integridade na prestação jurisdicional, segundo o qual o direito deve ser visto como um todo coerente e estruturado”.<sup>243</sup>

### 3.5.2 A necessidade de intervenção legislativa - a força de promulgação do precedente judicial

A autoridade do precedente judicial nos países que herdaram a tradição do *common law* não foi instituído pelo Parlamento: ele é resultado de uma prática judiciária,<sup>244</sup> do reconhecimento espontâneo de que esta prática gera bons resultados, que serve como instrumento para se atingir fins comuns e desejáveis – estabilidade, previsibilidade – sem que estejam fechadas as portas para a democrática discussão judicial e a necessária evolução do Direito.

Em países como o Brasil, é missão institucional dos tribunais superiores promover a unificação da interpretação e da aplicação do Direito. Não é necessária nenhuma outra intervenção legislativa nesse sentido (além daquela que decorre do texto constitucional).<sup>245</sup> O Ministro Humberto Gomes de Barros, ao proferir decisão

---

<sup>241</sup> Ibid., p. 278.

<sup>242</sup> “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”. (Ibid., p. 294)

<sup>243</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *op. cit.*, p. 254.

<sup>244</sup> “Precedents rules are based on the practice of the judges”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 225)

<sup>245</sup> “[...] havendo reiteradas e frequentes decisões do STJ, ainda que em *processo individuais*, a respeito de determinados assuntos, conservar-se intacta a liberdade do juiz, como se nada houvesse seria negar ao STJ sua função paradigmática e afrontar o princípio da economia processual, já que

no AgRg nos EREsp 228432/RS, foi enfático quanto à necessidade de o Superior Tribunal de Justiça respeitar seus precedentes judiciais (o Ministro fala em “jurisprudência”) tendo em vista ser esse o escopo especial para o qual foi concebido:

Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.<sup>246</sup>

As jurisdições superiores, esclarece Perelman, justamente por terem o dever de unificar a jurisprudência e estabelecer a paz judiciária, devem se esforçar em convencer que suas decisões são as mais adequadas para solucionar os problemas que lhe são levados, mas que também se apresentam coerentes com o Direito como um todo. Esta dupla perspectiva, continua Perelman, tem por objetivo conciliar a segurança jurídica com a equidade, e tem como consequência a percepção de que a maioria dos problemas jurídicos não deve ser resolvida por uma única resposta evidente, mas sim “por um arranjo que resulta, em geral, de um esforço de preservar os diversos valores que se devem salvaguardar”.<sup>247</sup> É essa “solução de equilíbrio” que deve servir de precedente judicial e ser mantida no futuro, guiando os juízos na formulação das decisões futuras.<sup>248</sup>

Conforme lição de Eugenio Bulygin, o respeito aos precedentes judiciais não é uma obrigação, mas sim uma condição de racionalidade: um juiz que resolve dois

---

muito provavelmente em momento posterior (salvo por razões contingenciais) a decisão de mérito a ser proferida naquele processo viria a conformar-se à posição então pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial**..., p. 143)

<sup>246</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. AgRg nos EREsp 228432/RS, julgado em 01/02/2002, publicado no Diário da Justiça da União em 18/03/2002, p. 163.

<sup>247</sup> PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 567.

<sup>248</sup> *Idem*.



casos iguais de maneira diferente, sem indicar em que consiste a diferença que o leva a fazê-lo, atua irracionalmente.<sup>249</sup> Na medida em que as decisões judiciais estabelecem precedentes, considera Perelman, “elas contribuem para a elaboração de uma ordem jurídica, graças à regra de justiça, segundo a qual casos essencialmente semelhantes devem ser tratados (nesse caso: qualificados e julgados) da mesma forma”.<sup>250</sup>

Não sendo possível encontrar no Direito brasileiro aquela força gravitacional das decisões proferidas anteriormente pelas Cortes superiores em intensidade suficiente para torná-los vinculantes, optou-se por instituir a autoridade do precedente judicial mediante interposição legislativa, pois somente a lei positivada é que, mediante sua força de promulgação, tornaria o precedente dos tribunais superiores brasileiros, desprovido de força gravitacional, apto a vincular as decisões futuras. Pretende-se no Direito brasileiro conferir autoridade ao precedente judicial mediante força de promulgação, i. e., mediante a autoridade da lei positivada. Entretanto, é a força gravitacional do precedente judicial que garante com mais eficácia o respeito à sua autoridade, porque decorre do convencimento de que respeitar o precedente judicial é a atitude racional devida a ser adotada, garantindo o tratamento isonômico dos casos materialmente similares, respeitando o Estado de Direito e preservando a integridade do Direito.<sup>251</sup> Não há sanções previstas neste caso além do normal controle recursal e da avaliação negativa que parte dos demais operadores do Direito e da sociedade como um todo.

Se se pretende adotar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, entendemos não ser adequado limitar a concepção de precedente judicial obrigatório apenas às decisões tomadas em sede de julgamento de recursos repetitivos ou encontrá-lo nas súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda nas decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>249</sup> BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 21.

<sup>250</sup> PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 578.

<sup>251</sup> “Duas ideias básicas podem retratar bem as exigências fundamentais da noção de *integrity*: de um lado, o valor da *coerência* – de modo que deve o jurista tratar de buscar harmonizar o Direito a compreender e ordenar as regras jurídicas particulares de acordo com os princípios que lhes subjazem e que produzem e confirmam a integridade do sistema jurídico; de outro, a necessidade de se buscar, continuamente, um aperfeiçoamento racional desse ordenamento, de modo a exigir do intérprete sempre a melhor, mais racional, mais justa, mais coerente e mais adequada solução jurídica que estiver ao seu alcance”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 137)

A adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais decorre do desenvolvimento de uma prática jurídica própria, que pode ser estimulada pela doutrina e pela legislação, mas que não se limita ao que é estabelecido pelo legislador.

Nesse sentido, as disposições trazidas pelo art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015 não são suficientes para que se adote um sistema de precedentes judiciais obrigatórios se não forem acompanhados da respectiva prática judicial, que demanda mudanças na fundamentação das decisões judiciais e na argumentação estabelecida pelos sujeitos do processo.

As novas disposições trazidas pelo CPC/2015, se não acompanhadas da prática apropriada e da necessária compatibilização com as garantias processuais constitucionais, podem gerar as mesmas consequências advindas da adoção de súmulas vinculantes e do procedimento de julgamento de recursos repetitivos: a indevida aplicação de teses jurídicas a litígios que não guardam a necessária similitude fática essencial com o litígio que compõe o recurso afetado ou que deu origem à súmula vinculante; impedir a democrática discussão das questões jurídicas e a necessária evolução do Direito pela superação dos próprios precedentes judiciais; a ofensa sistemática às garantias processuais constitucionais, mediante a prolação de decisões não fundamentadas e que ofendem as garantias do contraditório e da ampla defesa, reduzidas estas a mero ato processual cujas alegações e fundamentos são rejeitados automaticamente pela simples referência que se faz ao enunciado abstrato da súmula vinculante ou à ementa abstrata do acórdão que julgou o recurso afetado.

É de extrema importância verificar qual a prática que decorrerá das novas disposições do CPC/2015, inclusive aquelas referentes às súmulas vinculantes e julgamento de recursos repetitivos, de forma a compatibilizá-las com as garantias processuais constitucionais.

As teorias estrangeiras não devem ser adotadas em terras pátrias sem uma necessária adequação às circunstâncias nacionais e às idiosincrasias do sistema jurídico brasileiro; deve-se, entretanto, tomar os devidos cuidados para que as adaptações necessárias não sejam feitas de forma tal que ofendam princípios e garantias constitucionais. *In casu*, a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não pode se constituir em ofensa às garantias de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, do contraditório e da ampla defesa, sob pena

de pôr em dúvida a compatibilização constitucional do processo decisório do Poder Judiciário, e impedir a natural e necessária evolução do Direito.

Mais adiante, será melhor desenvolvida a questão da necessidade de se adequar sua aplicação às garantias constitucionais brasileiras. Mas antes, é imprescindível algumas considerações sobre interpretação jurídica e criação da norma jurídica pelo intérprete, bem como apresentar uma proposta de identificação da *ratio decidendi*.

#### 4 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO PRODUTOR DE ENUNCIADO NORMATIVO

Tradicionalmente, referia-se à jurisprudência como uma metalinguagem descritiva de uma específica linguagem-objeto prescritiva: o direito, enquanto linguagem prescritiva enunciada pelo legislador ou outra autoridade, e a jurisprudência como metalinguagem descritiva enunciada pelo julgador. A linguagem do Direito seria prescritiva; a linguagem da jurisprudência seria descritiva. A jurisprudência versa sobre o Direito: este é objeto daquela.<sup>252</sup> Esta concepção é o cerne de uma das teses fundamentais do juspositivismo, conhecida como teoria cognitivista ou formalista da interpretação jurídica, pela qual a interpretação consiste exclusivamente em extrair o sentido ínsito ao texto, não deixando espaço ao intérprete para qualquer atividade criativa.<sup>253</sup>

Em contraposição à teoria cognitivista, a teoria cética ou antiformalista concede ao intérprete papel criativo, adjetivo este atribuído à atividade de outorgar sentido ao texto normativo. Vejamos como esta teoria foi estruturada, na Itália, por Riccardo Guastini.

As operações realizadas pelos juristas foram apresentadas por Riccardo Guastini, denominada por este como “inventário das operações dos juristas”. Normalmente, o propósito do jurista é descrever a disciplina legislativa de uma determinada matéria, individualizada e delimitada. Sua primeira operação é recortar, no interior do discurso legislativo, uma série finita de enunciados relevantes que constituirão o objeto de sua pesquisa. Por esta operação, o jurista determina aquilo que Guastini chama de “base enunciativa”. Esta delimitação do objeto da pesquisa é fruto de uma primeira interpretação do discurso legislativo, mas é uma interpretação sumária, superficial, à primeira vista.<sup>254</sup>

<sup>252</sup> GUASTINI, Riccardo. Produzione di norme a mezzo di norme. **Informatica e diritto**, n.º. 11, 1985, p. 7.

<sup>253</sup> ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica. **Persona y derecho**. Navarra: Universidad de Navarra, n.º 61, 2009, p. 104. Confirma-se, ainda, Carlos Maximiliano: “No século XVII ressurgiu o sistema de interpretar diretamente os textos e só atender a opiniões individuais dos doutos quando concludentes, fundadas na razão e baseadas na letra e no verdadeiro espírito da lei. A jurisprudência assumiu o seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos Códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas”. (MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 145)

<sup>254</sup> GUASTINI, Riccardo, Produzione..., p. 8-9.

A segunda operação do jurista é a interpretação daquela base enunciativa. Interpretar um enunciado significa atribuir-lhe um ou mais significados. Guastini chama de "norma" ou "regra" o significado atribuído mediante interpretação a um enunciado prescritivo. Nesse sentido, a interpretação jurídica pode ser concebida como constitutiva de norma. Mediante interpretação da base enunciativa (por intermédio de uma decisão interpretativa), o jurista obtém o que Guastini propõe denominar de "base normativa".<sup>255</sup>

Em seguida, ao organizar o material normativo obtido nas duas primeiras operações, o jurista normalmente reconhece que sua base normativa contém lacunas ou antinomias. Neste caso, o jurista realiza a terceira e quarta operações: resolve as antinomias existentes, mediante a pesquisa de uma única, unívoca, solução; completa a base normativa, colmatando a lacuna, pesquisando a solução adequada.<sup>256</sup>

Somente então, dispondo de uma base normativa completa e coerente, é que o jurista realiza a quinta e última operação: a exposição sistemática da disciplina jurídica objeto de estudo.<sup>257</sup>

Assim, a atividade interpretativa se exercita sobre um enunciado prescritivo, e se resolve na produção de outro enunciado prescritivo. A forma geral do enunciado prescritivo é a seguinte: "E significa  $E_1$ ", onde E constitui o enunciado-objeto da interpretação (chamado de enunciado interpretado) e  $E_1$  constitui o enunciado-produto da interpretação (chamado de enunciado interpretante).<sup>258</sup>

O enunciado produto do discurso interpretativo não confere valor de verdade ao enunciado interpretado. Isto porque interpretar é algo diferente de descrever um significado próprio, preexistente. Mas também não seria apropriado, segundo Guastini, incluir completamente o discurso interpretativo na classe do discurso prescritivo *tout court*, pois se perderia a distinção entre legislar e interpretar. De

---

<sup>255</sup> "‘Interpretare’ un enunciato significa ascrivere ad esso uno o più significati. Io chiamo ‘norma’ o ‘regola’ il significato ascritto mediante interpretazione ad un enunciato prescritivo. In tal senso, l’interpretazione giuridica è constitutiva di norme". (Ibid., p. 9)

<sup>256</sup> Ibid., p. 9; 12.

<sup>257</sup> Ibid., p. 12.

<sup>258</sup> Ibid., p.12-13.

forma que interpretar não é descrever nem prescrever, mas atribuir um significado.<sup>259</sup>

Guastini propõe uma classificação do discurso jurídico. Uma primeira classe, por ele denominada de “discurso interpretativo”, cujos argumentos, igualmente “interpretativos”, conduzem a um argumento clássico de descobrir o significado preexistente contido no enunciado legislativo. Uma segunda classe de discurso jurídico, denominada de “discurso produtivo”, é aquele cujos argumentos, ditos “produtivos”, transforma e enriquece os enunciados legislativos com novos enunciados normativos, isto é, adiciona um enunciado extralegislativo ao discurso do legislador.<sup>260</sup>

A norma é, portanto, um ser normativo, não existe *in natura*, nem existe sem um enunciado linguístico que a formule ou exprima. Produzir uma norma equivale a formular um enunciado normativo.<sup>261</sup>

Guastini é legítimo representante da teoria cética da interpretação jurídica, em oposição à teoria cognitivista, esta última defendendo a possibilidade de se conhecer, mediante simples constatação e declaração, da norma jurídica pré-existente no texto legislativo. Pela teoria cética, a norma jurídica é resultado da atividade interpretativa que recai sobre o texto legislativo e outros elementos jurídicos não textuais.

Guastini é discípulo de Giovanni Tarello que, por sua vez, lançou as bases para uma nova concepção da interpretação jurídica. Tarello afirma que a expressão “interpretação do direito” não corresponde à experiência da hermenêutica jurídica na sociedade moderna, devendo ser substituída pela expressão “interpretação da lei”: o vocábulo “interpretação”, modernamente, passou a significar a atribuição de um significado a um ente, este compreendido, na expressão “interpretação da lei”, como um documento ou o conjunto de documentos de que se tem conhecimento ou se postula que exprima a chamada norma jurídica ou o conjunto das normas jurídicas. A norma jurídica é, precisamente, o significado que mediante a interpretação é atribuído ao documento ou à combinação de tais documentos. A natureza desse documento depende das instituições históricas: nas sociedades modernas se trata,

---

<sup>259</sup> “Interpretare è (né descrivere, né prescrivere, ma) ascrivere un significato”. (Ibid., p.13.)

<sup>260</sup> Ibid., p.18-19.

<sup>261</sup> Ibid., p. 22.

geralmente, de uma mensagem escrita, produto de um procedimento formal e só esporadicamente da prática de comportamento generalizado e duradouro (o costume).<sup>262</sup>

A atividade de conhecimento de um direito objetivo constitui o *designatum* da locução “interpretação da lei” no sentido de mera operação de atribuir-se um significado a um texto de lei ou ao conjunto de documentos legais que compõem o Direito; o conjunto dessa atividade de conhecimento de um Direito inclui a atribuição de significado ao texto legal, mas não se resume a isso.<sup>263</sup> Ao contrário do que pregava o positivismo jurídico, em que todo o Direito podia ser encontrado “na” lei, não é possível nesta encontrar todos os elementos necessários para a regulação de toda a disciplina do viver social. Tarello expõe as razões dessa impossibilidade.

A primeira razão é que nem todos os vocábulos contidos nas leis são, ou podem ser, definidos na lei. Não são, de modo que seus significados (o significado que é atribuído a eles no contexto da lei e que determina o sentido e o alcance da lei) devem ser derivados de algo que está fora da lei.<sup>264</sup> Em muitos direitos modernos a própria lei reenvia ao uso ordinário da linguagem ou ao “senso comum” da palavra a determinação do significado dos termos indefinidos que aparecem na lei. Nesses casos a determinação do significado do vocábulo indefinido é delegado ao elemento extralegislativo, porque: (a) o sentido “próprio” da palavra é aquele de uso comum, não é dado pela lei, mas deriva de uma escolha do intérprete; (b) o uso ordinário das palavras é em si mesmo um elemento extralegislativo, onde a lei faz referência como co-determinante do sentido e da extensão da lei; (c) muito frequentemente no uso ordinário não existe apenas um, mas muitos significados ou nuances de significados pertencentes a um vocábulo, de tal maneira co-determinante do significado da lei, a cujo vocábulo recorre, exigindo a escolha do intérprete; (d) quase sempre, quando a lei sob interpretação faz reenvio ao uso ordinário como determinante do significado do termo da lei, tal reenvio não é exclusivo mas concorrente com outros também instituídos pela lei sob interpretação. Em suma, como nem todos os vocábulos contidos na lei são, nem podem ser,

<sup>262</sup> TARELLO, Giovanni. Preliminari a una teoria dell’interpretazione giuridica. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (Org.) **Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, t. 1, p. 913-914.

<sup>263</sup> Ibid., p. 922.

<sup>264</sup> Idem.

definidos na lei, o conjunto de leis de um ordenamento jurídico não pode ser objeto único da atividade do intérprete, que deverá indagar sobre o léxico, e deverá, além disso, referir-se a outros elementos extralegislativos para apoiar suas escolhas na atribuição do significado à lei; as leis são um conjunto indeterminado, que se torna determinado pelo emprego de outros fatores, ainda que aqueles outros fatores sejam objeto da atividade do intérprete da lei, atividade que, por essa razão, não é somente de atribuição de significado ao texto legislativo; a lei quando é utilizada é – nesse sentido – não somente “interpretada” no sentido comum da palavra mas também, sempre, “integrada” pelo intérprete e pelo operador, e nesse sentido “interpretação da lei” e “interpretação do direito” – como locuções técnicas – querem dizer algo mais que “interpretar” no uso ordinário atécnico e referem-se à atividade específica do operador jurídico.<sup>265</sup>

A segunda razão é que as formulações da lei ao disciplinar as relações sociais são sempre incompletas e não englobam as relações sociais novas que surgem; por outro lado, se a lei se refere a uma classe geral de relações sociais, podem disciplinar tudo, mas, nesse caso, somente através da concretização e interpretação dos operadores é que a regulação será possível; caberá a estes, frente às relações concretas, decidir se consideram incluídas na disciplina da lei ou não.<sup>266</sup>

A terceira razão é que as formulações da lei que disciplinam as relações sociais podem estar em conflito entre si. Conflito de leis existe quando duas leis qualificam um mesmo comportamento de uma forma conflitante ou incompatível (respectivamente obrigatório e proibido, facultativo e proibido, facultativo e obrigatório).<sup>267</sup>

A quarta razão é que, considerando que o conjunto de todas as leis formam um discurso prescritivo contínuo, é claro que cada caso singular, para qualificar um comportamento ou uma situação não se pode empregar globalmente todo o discurso prescritivo: ocorrerá um recorte em um segmento, constituído de um enunciado ou

---

<sup>265</sup> Ibid., p. 922-923: “[...] la legge quando viene utilizzata è – in questo senso – non solo ‘interpretata’ nel senso ordinario della parola ma anche, sempre, ‘interpretata’ nel senso ordinario della parola ma anche, sempre, ‘integrata’ dall’interprete e dall’operatore; in questo senso ‘interpretazione della legge’ e ‘interpretazione del diritto’ – come locuzioni tecnicizzate – vogliono dire qualcosa di più che ‘interpretazione’ nell’uso ordinario atecnico e si riferiscono ad attività specifiche dell’operatore giuridico”.

<sup>266</sup> Ibid., p. 924.

<sup>267</sup> Ibid., p. 925.



de muitos enunciados coligados, que se adapta ao caso singular a qualificar segundo o Direito. Dificilmente aquele enunciado ou conjunto de enunciados coligados, utilizados para qualificar um caso singular, coincide exatamente com o texto de uma lei: o que ocorre é a regulação por um segmento de uma lei, ou a combinação de muitos seguimentos de uma lei ou a combinação de segmentos de leis diversas.<sup>268</sup>

É àquele enunciado ou conjunto de enunciados, obtidos segmentando oportunamente o discurso normativo global (de todas as leis), que o intérprete atribuirá um significado, com o qual qualifica o comportamento ou a situação de que se trata: o significado atribuído ao enunciado ou ao conjunto de enunciados é aquele que vem exposto na “norma regulatória” daquele comportamento ou daquela situação; a operação complexa consistente na segmentação e recomposição da lei para construir um enunciado adequado e para atribuir um significado ao enunciado assim obtido é chamado de “individualização da norma”.<sup>269</sup>

No procedimento de individualização da norma além da atividade de atribuição de significado de sentido a um enunciado da lei, é incluída a operação de fragmentação e recomposição do discurso legislativo, operação à qual corresponde um fator extralegislativo de produção de direito consistente nas decisões, nas ideologias, nas técnicas e nas práticas mediante as quais o intérprete decompõe e recompõe a lei; Tarello denomina as ideologias, técnicas e práticas de “sistema” do intérprete.<sup>270</sup>

Assim, a atividade de conhecimento de um direito objetivo, que se chama comumente de interpretação da lei, não se resume a uma mera atividade de atribuição de significado a um texto legislativo ou a um conjunto daqueles textos, mas inclui uma operação complexa: (a) a individuação de um segmento do discurso legislativo, mediante a segmentação e recomposição do texto com referência a um “sistema”, suscetível de ser interpretado como a “norma do caso”; (b) a atribuição

---

<sup>268</sup> Ibid., p. 926.

<sup>269</sup> Ibid., p. 926-927: “[...] il significato attribuito all'enunciato o all'insieme di enunciati è quello che viene detto 'la norma regolatrice' di quel comportamento o di quella situazione; la operazione complessa consistente nel segmentare e ricomporre le leggi per trarne un opportuno enunciato e dall'attribuire un significato all'enunciato così ricavato viene sovente detta 'individuazione della norma'”.

<sup>270</sup> Ibid., p. 927.

àquele segmento do discurso legislativo de um significado, decidindo o valor a ser dado ao vocábulo indefinido em seus enunciados, com referência à linguagem ordinária; (c) a resolução de antinomias ou conflitos entre as leis; (d) a integração da lei.<sup>271</sup>

Wróblewsky também demonstra que a estrutura semântica das decisões judiciais são se resume à descrição daquilo que estaria previamente contido no texto legal, em atitude meramente metalinguística. A estrutura semântica das decisões judiciais (denominada por Wróblewsky de “linguagem jurídica jurisprudencial”) é mais complicada que a da linguagem legal. Em primeiro lugar, a normatividade da linguagem jurídica jurisprudencial propõe problemas a resolver. Na linguagem jurídica jurisprudencial se formulam as decisões de aplicação de direito concebidas como “normas concretas e individuais”. Em segundo lugar, no discurso de aplicação do direito estão também as motivações das decisões. Não se pode reduzi-las a citações das regras aplicadas (expressões metalinguísticas), pois a motivação é algo mais rico que somente isso. Há “decisões parciais”, como as decisões de validade, as decisões de interpretação, as decisões de prova e as decisões de eleição de consequências. Como decisões, elas têm caráter normativo, mas estas “decisões parciais” são justificadas por argumentações complexas, entre as quais se distinguem as avaliações e as proposições. A riqueza das expressões jurídicas depende da formulação das regras aplicáveis (da linguagem legal), mas também do estilo das decisões e das particularidades do processo de aplicação do direito ligadas à atividade das partes. A decisão considerada junto com a motivação aparece como uma narração completa com muitos argumentos que a justificam como conclusão.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> Ibid., p. 927.

<sup>272</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. Los lenguajes del discurso jurídico. **Cuadernos del instituto de investigaciones jurídicas**: sobre el derecho como discurso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, ano V, n.º 14, maio-ago. 1990, p. 366.

#### 4.1 O SIGNIFICANTE NÃO É INSIGNIFICANTE OU O ENUNCIADO NORMATIVO COMO *GUARD-RAIL*

Por muito tempo se procurou, ao interpretar a lei, buscar a vontade do legislador, método interpretativo que visava não ofender o princípio democrático pelo qual o Direito deveria ser posto somente pelos representantes eleitos pelo povo. De outra forma, buscou-se também encontrar a vontade da lei, mediante o destaque da norma jurídica contida em seu texto. Diversas técnicas foram desenvolvidas para o fim de se “descobrir” a vontade do legislador ou a vontade da lei, acreditando-se realmente que aquelas técnicas fossem capazes de levar ao resultado desejado: encontrar a norma jurídica produzida pelo legislador, aquela prevista pelo legislador ao elaborar o texto legal. Mas como asseverou Ernest Bruncken, é bem provável que o legislador, ao elaborar o texto legal, não tenha querido nada além de manter a ordem social, e não reclamar para si raciocínios de lógica, de tal forma que os tribunais devem, ao interpretar o texto legal, fazê-lo da maneira mais adequada às necessidades sociais.<sup>273</sup>

Tanto o texto da lei quanto expressões comumente utilizadas como fórmulas interpretativas (“a vontade da lei”, “o espírito da lei”, “a justiça do caso concreto”) não possuiriam – nas palavras de Bruncken – nenhum conteúdo concreto, pois seriam apenas molduras (*frameworks*) que devem ser preenchidas com o material definitivo e tangível que eles pretendem regular. Assim, os métodos analíticos e dedutivos seriam inadequados para aquele intento, pois estas formas de pensar pressupõem que as premissas, desde o início, contenham o sentido a ser aplicado. A única maneira de preencher o conteúdo da moldura seria a partir da observação dos fatos externos objeto da regulação pretendida.<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> BRUNCKEN, Ernest. Interpretation of the written law. **The Yale Law Journal**, v. 25, n.º 2, dez. 1915, p. 133. Nesse sentido, também Wittgenstein: as interpretações por si só não determinam o significado: “*Interpretations by themselves do not determine meaning*”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 1958, item 198, p. 80)

<sup>274</sup> “For taken as they stand, there is hardly any concrete meaning in them at all; they are like a frame work which must be filled up with the definite and tangible material they are intended to hold. This is the point where analytical or deductive reasoning no longer suffices. The characteristic of that form of thinking is that the very result of our reasoning is already contained in the premise from which we start. All we have to do is to bring it to light. Now, however, we have come to a point where there is no content – we have merely a frame work, a phrase, or to use a philosophical term, a ‘form’, such as ‘the

Mas não seria possível atribuir significado ao signo linguístico se o intérprete não tivesse uma pré-compreensão aproximada do seu possível significado. Embora uma expressão linguística possa ter diversos significados validamente a ela atribuíveis, o número de significados é finito: a expressão linguística representaria, assim, um *guard-rail* dentro do qual se pode transitar na outorga de sentido ao enunciado. O enunciado-significante não é, portanto, insignificante.<sup>275</sup>

Na atribuição de significado ao texto legislativo, o intérprete leva em consideração o sentido que os termos possuem na linguagem comum ordinária da qual a linguagem jurídica deriva sempre que forem coincidentes;<sup>276</sup> quando o termo utilizado na linguagem jurídica possui significado diferente daquele que o termo possui na utilização da linguagem comum, é comum que haja igualmente um sentido pré-estabelecido para o termo na linguagem jurídica.

Nesse caso, o sentido não pode ser criado (outorgado) a partir do nada, mas a partir do significante. Com isso, embora ao significante possa ser outorgado mais de um sentido, essa pluralidade de sentidos deve ser entendida como um número finito de sentidos possíveis de outorga ao significante. O sentido não é, portanto, criado *ex novo*, nem depende exclusivamente da valoração do intérprete. Por si só o significante não tem sentido, mas o significante não é completamente privado de sentido assim como o sentido não é completamente produto do intérprete.<sup>277</sup>

---

spirit and reason of the law'. The only way in which we can discover the material to fill the frame work is to observe the external facts of the subject matter". (BRANCKEN, *op. cit.*, p. 134)

<sup>275</sup> "L'enunciato-significante non è in-significante: non è l'oggetto nudo che l'interprete riveste di un qualsivoglia abito. [...] Noi non saremmo neppure in grado di percepire una qualsiasi espressione linguistica (o forse soltanto come mero fenomeno fonetico) se non avessimo una sia pure approssimativa precomprensione del suo possibile significato. L'enunciato 'Apri la porta', come si è visto, può avere diversi significati, ma non una serie infinita di significati, e ciò vuol dire che vi è come una sorta di guard-rail entro il quale non può non muoversi la ricerca del senso". (BECCHI, Paolo. Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. (Orgs.) **Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica**. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 5)

<sup>276</sup> "Most words have not got a specifically legal meaning. In the absence of good reason to the contrary, the courts give effect to the ordinary meaning whether the words are used in a statute, a private document, or an oral transaction". (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 177)

<sup>277</sup> "Un significante non è mai completamente privo di significato ed il significato non è mai completamente prodotto dall'interprete. [...] il significante in sé non *ha* significato. [...] Ciò che invece non è ovvio e costituisce materia di discussione è se il significato possa essere individuato a partire dal significante o se invece una tale individuazione sia comunque sempre creazione di significati dal nulla. A ben vedere il nodo della controversia non è se il significante possa avere più di un significato, ma se una tale pluralità di significati sia finita oppure infinita. [...] In fondo per lo scettico *il* significato non esiste, esistono soltanto *i* significati creati *ex novo* dalla spirale infinita dell'interpretazione, dipendenti esclusivamente dalle valutazioni degli interpreti". (BECCHI, Paolo, *op. cit.*, p. 6-7)

Há, portanto, um consenso linguístico prévio ao ato de interpretar que torna possível a utilização da linguagem como forma de representação da vida,<sup>278</sup> inclusive do Direito. O significado a ser outorgado ao significante é aquele considerado como correto em uma determinada comunidade linguística que o utiliza, isto é, há um acordo entre os membros daquela comunidade linguística que torna a comunicação possível.<sup>279</sup> Este acordo sobre o significado entre os membros de uma comunidade linguística torna-se, mediante o uso constante, um hábito que permite a comunicação intersubjetivamente válida.<sup>280</sup>

#### 4.2 OUTROS LIMITES DO INTÉRPRETE: COERÊNCIA E UNIVERSABILIDADE

Os limites linguísticos não são os únicos que limitam o número de significados possíveis: estes também são limitados pelo atual estágio da evolução do Direito, pela coerência e unidade que a decisão judicial deve manter com o corpo legislativo e jurisprudencial como um todo e, também, pela conformação constitucional exercida pelas normas jurídicas – principalmente, mas não somente, principiológicas – extraídas do texto constitucional.

O enunciado-produto não é, no dizer de Neil MacCormick, formulado no vácuo, mas sim no “contexto de regras previamente promulgadas por legisladores e discutidas ou propostas por juristas e juízes”.<sup>281</sup> As normas jurídicas produzidas

<sup>278</sup> No dizer de Wittgenstein, representar uma linguagem significa representar uma forma de vida. (“And to imagine a language means to imagine a form of life”.) (WITTGENSTEIN, Ludwig, *op. cit.*, item 19, p. 8). Cf, nesse sentido, Mauro Cappelletti: “Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 25-26)

<sup>279</sup> “It is what human beings say that is true and false; and they agree in the *language* they use”. (WITTGENSTEIN, Ludwig, *op. cit.*, item 241, p. 88)

<sup>280</sup> “Fui treinado para reagir de uma determinada maneira a este signo e agora reajo assim. [...] alguém somente se orienta por um indicador de direção na medida em que haja um uso constante, um hábito”. (“I have been trained to react to this sign in a particular way, and now I do so react to it. [...] a person goes by a sign-post only in so far as there exists a regular use of sign-posts, a custom”. (WITTGENSTEIN, Ludwig, *op. cit.*, item 198, p. 80)

<sup>281</sup> MACCORMICK, Neil *op. cit.*, p. 198.

como fruto da interpretação (Neil MacCormick refere-se a “regras particulares”) “devem ocupar seu espaço sob os constrangimentos de consistência, coerência e de uma avaliação razoável das consequências dentro de um corpo jurídico existente, mesmo que incompleto”.<sup>282</sup> E é dentro deste contexto que deve ser entendido o princípio do livre convencimento do juiz e sua respectiva liberdade funcional: “[...] as partes e os juízes têm apenas uma liberdade limitada ao tentarem alcançar uma decisão *justificada como uma conclusão especificamente jurídica* num caso percebido como um *caso jurídico*”.<sup>283</sup> (itálico no original)

Como visto, a busca pela criação de uma norma jurídica objeto do processo interpretativo é guiada pela busca de “universabilidade” à norma formulada, isto é, a possibilidade de poder ser aplicável no futuro a casos materialmente semelhantes. Mas essa busca pela “universabilidade” da norma é limitada pelas exigências da legalidade e do Estado de Direito. Há, assim, um “contexto de argumentação” dentro do qual o juiz pode (deve) atuar na interpretação-atividade: “juízes devem universalizar regras o melhor que puderem dentro do contexto de uma ordem jurídica existente e estabelecida”.<sup>284</sup>

É a existência desse contexto de argumentação, de natureza jurídica, que permite aos cidadãos uma relativa previsibilidade sobre os termos em que os litígios serão julgados pelo Judiciário: a norma jurídica resultado do processo interpretativo deve ser (re)construída dentro dos parâmetros jurídicos dispostos no prévio contexto de argumentação existente. A norma jurídica não está lá preexistente no interior daquele contexto normativo: mas deve ser (re)construída dentro daquele contexto, em respeito às suas possibilidades fáticas e semânticas.<sup>285</sup> Ocorre, assim, uma redução do campo de argumentação disponível para as partes e para a própria deliberação judicial.<sup>286</sup>

---

<sup>282</sup> Ibid., p. 198-199.

<sup>283</sup> Ibid., p. 199. Também Perelman: “[...] os juristas em geral precisam o sentido dos termos que utilizam com relação a determinados contextos jurídicos”. (PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 574)

<sup>284</sup> MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 199.

<sup>285</sup> “O fato de que a justificativa das decisões é feita no interior de uma ordem jurídica estabelecida e institucionalizada, de que não é uma justificativa solta e sem limites, estimula certo otimismo quanto à possibilidade de resolver disputas em termos razoavelmente determinados e finais”. (Idem)

<sup>286</sup> “O fato de que as justificativas precisam se circunscrever às regras jurídicas. É isso que faz com que o uso de instituições jurídicas como agências de solução de disputas seja prático e conveniente,

O juiz não pode mais ser considerado “a boca da lei”, pois, mesmo devendo seguir as prescrições legais, assevera Perelman, possui uma margem de apreciação: “opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor”.<sup>287</sup>

Ao decidir, o juiz valora, escolhe. Mas não se trata de atividade arbitrária. Sua decisão deve guardar íntima relação de unidade com o sistema jurídico no qual está inserido como (mais uma) peça no sistema de distribuição da justiça, além de encontrar limites na lógica do razoável:

O papel do juiz é tomar uma decisão, resolver, escolher, em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que ele constitui um elemento central. É dentro desse espírito que as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, ser-lhe-ão um auxílio essencial na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu sendo de equidade e seu senso do direito.<sup>288</sup>

Esse poder, portanto, não é ilimitado, não pode ser exercido arbitrariamente.<sup>289</sup> O ato de escolha do juiz ao decidir demanda, na lição de Mauro Cappelletti, valoração, balanceamento, consideração dos resultados práticos e implicações morais da escolha a ser realizada:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto

---

pois tal uso requer que as partes delimitem o conflito dentro de termos controláveis e restrinjam, minimamente, o âmbito de soluções justificáveis”. (Ibid., p. 200)

<sup>287</sup> PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 566.

<sup>288</sup> Ibid., p. 632.

<sup>289</sup> “Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”. (CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 23-24).

quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

O intérprete encontra-se limitado igualmente pela história institucional do Direito: a interpretação não deve guardar coerência com todas as etapas históricas pela qual o Direito se desenvolveu em uma determinada comunidade, ou seja, a exigência de coerência é mais horizontal do que vertical,<sup>290</sup> exige respeito ao atual momento de desenvolvimento do Direito, ao atual estágio em que o Direito se encontra. Desta forma, o intérprete não poder dar a interpretação que queira porque “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis”.<sup>291</sup>

O contexto histórico, social e cultural também condiciona o resultado interpretativo na medida em que o intérprete está sujeito aos condicionamentos daquela ordem como sujeito inserido em um ambiente histórico, social e cultural.

O intérprete sujeita-se igualmente às exigências de coerência e unidade do Direito. A exigência de consistência no sistema jurídico impõe ao intérprete a responsabilidade em eliminar qualquer inconsistência descoberta como uma das tarefas da interpretação jurídica, aplicando-se aqui a diretiva de interpretação sistêmica proposta por Wróblewsky: “o intérprete deve determinar o significado da norma interpretada de uma maneira que não haja contradição técnica com qualquer outra norma válida do sistema”.<sup>292</sup> Mas a exigência de coerência não se limita apenas à inexistência de contradições técnicas, mas também à inexistência de contradições axiológicas que devem ser eliminadas sob o pressuposto de que o sistema legal implica em um conjunto coerente de valores.<sup>293</sup>

O processo interpretativo sujeita-se à submissão aos filtros constitucionais, à exigência de que o resultado da interpretação deve estar em consonância com o a Constituição Federal. A interpretação judicial da lei – afirma Ferrajoli – é sempre um juízo sobre a própria lei, cabendo ao juiz eleger os únicos significados válidos, isto é,

---

<sup>290</sup> DWORKIN, Ronald. **O império...**, p. 274.

<sup>291</sup> Ibid., p. 64.

<sup>292</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial...**, p. 101.

<sup>293</sup> Idem.



aqueles que são compatíveis com as normas constitucionais e com os direitos fundamentais estabelecidos por ela mesma.<sup>294</sup>

Por fim, a exigência de razoabilidade da interpretação, pois o resultado desta não pode ofender um consenso social mínimo sobre adequação da atividade jurídica, valores e parâmetros compartilhados em sociedade que delimitam aquilo que é aceitável pela comunidade. Novamente nas palavras de Perelman: “O exercício de um poder, em direito, sempre supõe a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções”.<sup>295</sup>

Assim, o poder de decidir encontra limites (a) nos significados previamente herdados da utilização dos termos linguísticos na linguagem comum e na linguagem jurídica; (b) no atual estágio de evolução do Direito; (c) no contexto histórico, social e cultural em que a decisão é tomada pelo julgador; (d) nas imposições de coerência e unidade do Direito; (e) nas normas extraídas do texto constitucional; (f) nas exigências de universabilidade da norma criada pelo julgador.

#### 4.3 VAGUEZA COMO ATRIBUTO DA LINGUAGEM (CLAREZA VS. PENUMBRA)

A lei é um texto e, portanto, há muitas relações entre Direito e linguagem.<sup>296</sup> É por esta afirmação de Jerzy Wróblewsky que se demonstra, *prima facie*, que o estudo do Direito não pode se afastar dos estudos da linguagem.

A linguagem jurídica se vale da linguagem natural para se expressar e, portanto, possui as características desta última, dentre elas, a vagueza.<sup>297</sup>

A vagueza (*fuzziness*), segundo Wróblewsky, caracteriza as expressões nos processos de comunicação. O caso paradigmático para uma semântica referencial é o emprego dos substantivos (ou descrições) nos diversos contextos. Por regra geral, o substantivo na linguagem natural é utilizado em diferentes contextos, ou são aplicáveis sem nenhuma dúvida pelos participantes do processo de comunicação

<sup>294</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 26.

<sup>295</sup> PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 566.

<sup>296</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. Los lenguajes..., p. 358.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 362.

(referência positiva) ou não é aplicável (referência negativa), ou se dá o caso da dúvida semântica (a penumbra) quando a competência linguística pressuposta não é suficiente para decidir o caso.<sup>298</sup>

Na linguagem jurídica, afirma Wróblewsky, assim como na linguagem natural comum, termos diferentes diferem quanto ao grau de precisão semântica. Wróblewsky apresenta uma descrição esquemática baseada na inclusão de um objeto X sob o alcance de um significado M (*meaning*): (a) o “núcleo positivo semântico”, no qual a inclusão de X ao alcance de M é semanticamente certo, isento de dúvida; (b) um “núcleo semântico negativo”, no qual a exclusão de X ao alcance de M é semanticamente certo; (c) a “penumbra semântica”, na qual a inclusão de X ao alcance de M é duvidoso ou não pode ser decidido somente com apoio nas diretivas de interpretação linguísticas.<sup>299</sup>

A utilização da expressão “penumbra” por Wróblewsky é uma clara referência a Herbert Hart. O Autor inglês tratou daquilo que ele denominou de “textura aberta do direito” (*open texture of law*), fruto das análises dos efeitos da linguagem ordinária na linguagem do Direito. Da utilização da linguagem natural, em qualquer campo em que ela se dê, não apenas no âmbito das normas jurídicas, decorre um limite para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. Mesmo quando se invoca os chamados “cânones de interpretação”, afirma Hart, o problema não se resolve por completo, pois também aqueles cânonos, por serem expressos pela linguagem natural (ou ordinária), podem apresentar os mesmos problemas de imprecisão da linguagem.<sup>300</sup>

Mas a tese de Hart sobre a textura aberta do Direito é uma tese de indeterminação moderada da linguagem jurídica. Hart admite a existência de casos fáceis (*easy cases*), nos quais não haveria indeterminação da linguagem; esta, entretanto, seria encontrada nos casos difíceis (*hard cases*). A mesma indeterminação moderada pode ser encontrada em outra perspectiva de Hart: a lei é determinada em seu núcleo (*core*), mas indeterminada em sua penumbra

---

<sup>298</sup> Ibid., p. 363.

<sup>299</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial...**, p. 97.

<sup>300</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 139.

(*penumbra*).<sup>301</sup> O Direito seria, na perspectiva de Hart, apenas parcialmente indeterminado ou incompleto.

A teoria de Hart enquadra-se nas chamadas teorias intermediárias da interpretação jurídica: não são totalmente teorias formalistas mas também não se enquadram completamente entre as teorias céticas. Encontra-se em uma posição intermediária: reconhece espaços iluminados, cujos significados são claros e decorrem imediatamente da pré-compreensão da linguagem natural, mas também a existência de espaços escuros, de *penumbra*, em que seria necessário que o intérprete valore e escolha dentre os significados possíveis.

Em virtude da textura aberta dos textos legais, afirma Luiz Guilherme Marinoni, a própria atividade de saber se um texto está na área “iluminada” ou na “*penumbra*” exige valoração por parte do intérprete: “a clareza obviamente não é algo que deflui objetivamente do texto. Não é um predicado do texto, mas o fruto do entendimento daquele que o lê. Clareza ou obscuridade são sentidos atribuídos a um texto legal pelo intérprete”.<sup>302</sup> E arremata, posteriormente:

O sentido, e não o texto, constitui a norma, compreendida essa como significado que é tomado em conta pelo juiz ao decidir. Não é correto entender que essa dissociação exista apenas na zona de *penumbra* ou diante de um caso difícil. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de sentido é mais fácil ou requer menos meditação e esforço.<sup>303</sup>

Mesmo com o reconhecimento de zonas determinadas e zonas de *penumbra*, a diferenciação entre “espaços iluminados” e “escuros” exigiria valoração e escolha por parte do intérprete, reaproximando a teoria intermediária da teoria cética.

Interessante verificar que não é apenas a lacuna do ordenamento jurídico e a vagueza do texto legislativo – qualidade esta adquirida da linguagem ordinária – que exigem a atividade criativa do intérprete. O contrário também pode resultar em consequências semelhantes. Assim, por exemplo, a abundância de textos legislativos leva o intérprete à necessidade de considerar um conjunto de enunciados legislativos, muitas vezes constantes de diversas leis diferentes, cuja cognoscibilidade demanda igualmente valorações, escolhas e argumentos

---

<sup>301</sup> Ibid., p. 139-141.

<sup>302</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ...**, p. 86.

<sup>303</sup> Ibid., p. 91.

justificativos, principalmente no âmbito do conflito de lei e na necessidade de construir um arranjo harmônico entre os diversos textos de lei.<sup>304</sup> A abundância de textos legislativos, a multiplicação de enunciados a serem interpretados torna mais complexa a tarefa interpretativa e, paradoxalmente, mais aberta a textura do direito, na medida em que aumenta a necessidade de (re)construção harmônica do texto legislativo.<sup>305</sup>

#### 4.4 AS CORTES SUPREMAS ENQUANTO PRODUTORAS DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Vimos que o sistema jurídico da *common law* identifica a noção de *ratio decidendi* com as razões de decisão, isto é, com as proposições expostas na linha de raciocínio adotada referente às questões que estão sendo decididas, com base nos fatos materiais da causa, e que são necessárias ou suficientes para atingir o resultado do julgamento. Nesse sentido, o precedente judicial se extrai da exposição argumentativa, com a atividade de atribuição de sentido ao texto legal. Identifica-se, assim, a criação da norma jurídica no sentido exposto e aqui adotado pela teoria antiformalista ou não cognitivista da interpretação jurídica.

É a partir da diferença do resultado da interpretação jurídica promovida sob os auspícios da teoria cognitivista – a interpretação como atividade de descoberta da norma jurídica previamente existente, esperando ser declarada pela intérprete – e do resultado obtido sob as orientações da teoria antiformalista – a interpretação como atividade de outorga de sentido ao texto normativo, a norma jurídica como objeto

<sup>304</sup> “[...] l’aumento del numero delle regole comporta, quindi, uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di antinomie, di contraddizione interne dell’ordinamento. Inoltre l’accelerazione progressiva dello *ius superveniens* finisce per trasferire sulla giurisprudenza compiti ritenuti propri della legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto”. (PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 58, nº 1, mar. 2004, p. 45)

<sup>305</sup> “Mas essa liberdade do intérprete não é somente fundamentada nas falhas do direito escrito. A superabundância também intervém, pois cria tamanha complexidade que cada vez mais abertamente o juiz, ou a autoridade administrativa, receptor da norma escrita é consultado de antemão e solicitado a dar um parecer sobre a interpretação desta. [...] Em última análise, tudo se passa como se o juiz, ou mais amplamente o receptor da norma, ficasse paradoxalmente liberado pela própria multiplicação dos textos que lhe aumenta a margem de interpretação e lhe dá estatuto de fonte do direito”. (DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 76-77)

desse processo de atribuição de sentido, atividade dotada de caráter criativo (embora não arbitrário ou discricionário) do intérprete – que Daniel Mitidiero traça as diferenças entre Cortes Superiores e Cortes Supremas.

As Cortes Superiores seriam aquelas que ainda se encontram vinculadas à teoria cognitivista da interpretação jurídica: a jurisdição é entendida como uma simples atividade de declaração da norma pré-existente no ordenamento jurídico e que está à espera de ser “descoberta” e declarada; a função da Corte Superior, portanto, é de mero controle das decisões proferidas por órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior que, porventura, não tenham corretamente “descoberto” a norma jurídica existente; para tanto, as Cortes Superiores buscam manter a uniformidade da jurisprudência (do seu conjunto de decisões), pois se espera que a norma jurídica (pré-existente, descoberta e declarada) seja continuamente afirmada pela própria Corte Superior; a Corte Superior é um modelo de corte de vértice da organização judiciária que pressupõe a identificação entre texto e norma (fruto da adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial); sua função é, portanto, reativa, voltada ao passado, visando ao controle da exata interpretação da lei, formando uma jurisprudência uniforme constituída de reiteradas decisões no mesmo sentido; a eficácia de suas decisões é restrita às partes do caso concreto, a favor de quem se controla as decisões judiciais dos órgãos jurisdicionais inferiores que não teriam “descoberto” a única e verdadeira norma jurídica contida no ordenamento jurídico, ou, em outras palavras, não promoveram a correta interpretação da lei.<sup>306</sup>

Por seu turno, as Cortes Supremas estariam vinculadas à teoria não cognitivista, antiformalista ou lógico-argumentativa da interpretação jurídica: a jurisdição é entendida como atividade de reconstrução da norma jurídica, em coordenação com a atividade legislativa, reconstrução que se daria mediante a outorga de sentido pelo intérprete aos enunciados legislativos e a outros elementos jurídicos não textuais; a função da Corte Suprema é dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes cujas razões são dotadas de eficácia vinculante, permitindo que o sentido outorgado ao texto legislativo no processo de (re)criação da norma jurídica seja obedecido pelas instâncias inferiores, gerando segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados; a Corte Suprema pressupõe a dissociação entre texto e norma, pois esta é criada a partir da outorga de sentido àquele; sua

---

<sup>306</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores...**, p. 32-33.

função é proativa, voltada para o futuro, pois visa a garantir a unidade do Direito, permitindo aos cidadãos organizarem sua conduta de acordo com a norma jurídica produzida e descrita no precedente judicial que, espera-se, tenha certa estabilidade.<sup>307</sup>

Com o giro linguístico que passou a orientar a prática da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo do intérprete, com a consolidação do entendimento de que a norma jurídica é resultado da co-criação entre legislativo e judiciário e, por fim, com a adoção da ideia de que o precedente judicial veicula a justificação, as razões necessárias para o entendimento da extensão da atribuição de sentido ao texto legal, conclui-se que o “respeito às leis” tem seu *locus* profundamente alterado: antes entendido como respeito à lei positivada que continha em si e por si a norma jurídica (cujo sentido era dado junto ao signo, ao enunciado legislativo), agora visto como respeito à norma jurídica criada em cooperação com o intérprete judicial – função esta concedida constitucionalmente às Cortes Supremas. Se antes se devia respeito à lei (positivada), agora se deve respeito ao precedente judicial, reconhecido como *locus* de produção final da norma jurídica.

Especificamente tratando do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Guilherme Marinoni reconhece sua natureza de Corte Suprema (e não Corte Superior), pois a ela cabe a identificação das várias normas extraíveis do texto legal (mediante atribuição de sentido). Cabe ao Superior Tribunal de Justiça a definição do sentido do direito federal infraconstitucional mediante a demonstração das “melhores razões” adotadas. O Superior Tribunal de Justiça passa a ser uma Corte de Precedentes, e não de simples correção das decisões judiciais proferidas por órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores.<sup>308</sup>

O precedente judicial passa a ter eficácia não apenas para as partes vinculadas ao caso concreto que permitiu a formação do precedente, mas para toda

---

<sup>307</sup> Ibid., p. 32; 66.

<sup>308</sup> “A função do Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado, é a de *identificar*, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado, sempre mediante as ‘melhores razões’. Em outras palavras, a função do Superior Tribunal de Justiça é *definir sentido* do direito federal infraconstitucional mediante ‘razões apropriadas’. Resulta claramente que o Judiciário deixa de estar submetido ao legislador, passando a dele ser *colaborador* para a instituição de um direito adequado à justa organização social. [...] A Corte passa a ser uma Corte de Precedentes, deixando de ser uma corte de correção. O seu objetivo é definir a interpretação, mediante a instituição de precedente, para a tutela da *igualdade* de todos perante o direito; não mais a de revelar o exato sentido da lei, sedimentando jurisprudência uniforme, para o controle da legalidade das decisões”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ...**, p. 77)

a sociedade, pois ele contém o significado da norma jurídica, sua extensão, suas consequências. É a partir do precedente judicial que o Direito passa a ser conhecido em sua versão oficial, aquela que será aplicada pelo Judiciário e que tem força obrigatória (força de lei). Na afirmação de Daniel Mitidiero,

Dessa forma, o precedente judicial nesse modelo constitui *fonte primária* do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas, mas da *força institucionalizante* da interpretação judicial, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado. [...] O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de *identificação da norma aplicável* a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela *segurança jurídica objetivamente considerada*, como elemento indissociável da *cognoscibilidade*.<sup>309</sup> (itálico no original)

E é justamente essa atribuição de sentido ao texto legislativo que pode ser considerada a razão que levou o tribunal a decidir um litígio de uma determinada maneira. A atribuição de sentido ao texto legislativo, a (re)construção da norma jurídica a partir da análise do caso concreto constitui a *ratio decidendi* que, em casos futuros com semelhança material, deverá ser levada em consideração.

Nesta nova configuração dos tribunais superiores como cortes supremas, i. e., cortes cujo objetivo primordial não é a produção de jurisprudência ou a solução do caso concreto, mas sim a produção de precedentes judiciais, fontes formais do Direito que veiculam normas jurídicas que, além de regular o caso concreto, servirá de pauta de conduta para a sociedade e critério para a solução dos casos juridicamente semelhantes. Não considerar um precedente judicial proferido pelos tribunais superiores como obrigatório é entender que os tribunais não criam o Direito: eles estariam apenas resolvendo os casos particulares que lhes são levados para solução. O reconhecimento de que as cortes supremas são *law-makers* implica na obediência aos seus precedentes.<sup>310</sup>

<sup>309</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores**..., p. 73; 76.

<sup>310</sup> “[...] an absolute prerequisite to common-law lawmaking is the doctrine of *stare decisis* - that is, the principle that a decision made in one case will be followed in the next. Quite obviously, without such a principle common-law courts would not be making any ‘law’; they would just be resolving the particular dispute before them. It is the requirement that future courts adhere to the principle underlying a judicial decision which causes that decision to be a legal rule”. (SCALIA, Antonin, *op. cit.*, p. 83)

#### 4.5 PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

Ao final do item 2.2 *supra*, confessamos estar cientes da incerteza e da ambiguidade que paira sobre o conceito de *ratio decidendi*, e propusemo-nos a apresentar um conceito que entendemos melhor se adaptar à realidade do Direito brasileiro, herdeiro da tradição do *civil law* e carente de uma prática jurídica de respeito aos precedentes judiciais.

Afirmamos anteriormente que o precedente judicial obrigatório deve provir dos tribunais superiores. Esclarecemos que, para que se constitua um precedente, basta apenas uma decisão proferida pelos tribunais superiores, não sendo necessário o prévio estabelecimento de um conjunto de decisões no mesmo sentido para que surja um precedente judicial obrigatório (a chamada jurisprudência consolidada ou pacificada). Mas é necessário determinar exatamente qual é a *ratio decidendi* da decisão proferida pelos tribunais superiores que constitui o precedente judicial, aquilo que realmente vincula as decisões futuras e que serve como pauta de conduta para a sociedade.

Não se confunde o precedente judicial com sua *ratio decidendi*, i. e., com aquilo que é vinculante para os casos futuros. A decisão judicial como um todo constitui o precedente. Mas a parte que vincula, que é de aplicação obrigatória, é constituída apenas por sua *ratio decidendi*. A questão é saber em que se constitui, exatamente, a *ratio* do precedente que é de aplicação obrigatória para os casos futuros materialmente semelhantes.

Por vezes, a utilização da expressão “precedente judicial obrigatório” se confunde com sua *ratio decidendi*, pois o que é obrigatório, na verdade, é apenas esta, constituindo-se o precedente judicial em algo maior, mais abrangente. Refere-se, ainda, à aplicação do precedente ao caso sob julgamento quando, na verdade, é sua *ratio decidendi* que será aplicada para solucionar o caso novo.

O precedente judicial é fonte formal do Direito, que introduz ou modifica no ordenamento normas jurídicas, estas consideradas de aplicação obrigatória a casos materialmente similares. Esta é sua *ratio decidendi*. O precedente judicial, como instrumento de *input* no ordenamento jurídico, não se confunde com as normas jurídicas por ele introduzidas ou modificadas.



Mas o fato é que o uso consagrou a utilização da expressão “precedente judicial obrigatório” com o significado de *ratio decidendi*, muito embora haja consciência, por parte dos operadores jurídicos, de que ambos não se confundem.

Considerando-se, portanto, um precedente judicial, qual é sua *ratio decidendi*?

Cada decisão final – afirma Wróblewsky - contém diversas decisões parciais (*fractional decisions*), que podem referir-se às seguintes questões: (a) à validade das normas (decisão de validade); (b) aos seus significados (decisão de interpretação); (c) aos fatos considerados provados (decisão de evidência); (d) às consequências legais apropriadas aos fatos provados (decisão de escolha das consequências).<sup>311</sup>

Entendemos que somente constitui a *ratio decidendi* do precedente judicial obrigatório as decisões parciais, extraídas da fundamentação da decisão (cuja delimitação pode se valer do auxílio do relatório e do dispositivo) referentes à validade das normas (decisão de validade), que atribuem significados aos textos legislativos (decisão de interpretação) e às consequências legais apropriadas aos fatos provados (decisão de escolha das consequências). Assim, não podem ser consideradas *ratio decidendi* as decisões parciais de evidências, isto é, aquelas referentes aos fatos considerados provados.

Decisões sobre questões de fato – afirmou Rupert Cross - não constituem um precedente judicial [*rectius*, sua *ratio decidendi*], pois cada caso é considerado único. Para constituir-se em *ratio decidendi* de um precedente, a decisão parcial deve se referir a uma questão de direito.<sup>312</sup> Mas isso não retira a importância dos fatos materiais para a compreensão do precedente judicial. Os fatos considerados materiais ou imateriais pelos tribunais superiores são necessários para fins de se promover o devido cotejo da similitude fática entre o caso-precedente e o caso subsequente. Mas as questões de fato, i. e., as questões sobre a prova de fato, não se constituem em *ratio decidendi*.

À sistematização de Wróblewsky, entretanto, adicionamos ainda as decisões de eficácia. Vejamos, portanto, como se caracterizam cada uma destas questões que, segundo entendemos, constituem-se na *ratio decidendi* do precedente judicial.

<sup>311</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial...**, p. 11.

<sup>312</sup> “Decisions on questions of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 169)

#### 4.5.1 Decisões parciais de validade

Na teoria do precedente judicial assume papel central a delimitação dos fatos materiais, justamente para que se possa promover o cotejo entre os conjuntos fáticos – aquele que deu origem ao precedente e aquele ao qual se pretende aplicar o precedente – garantido assim o tratamento igualitário a casos iguais.

Ocorre que a decisão de validade é uma decisão interna ao sistema jurídico, uma decisão que, para utilizarmos o termo do controle de constitucionalidade concentrado, é abstrato, no sentido que não resolve um litígio específico. Como determinar os fatos materiais de um precedente judicial em uma decisão que declara a (in)constitucionalidade de uma norma infraconstitucional em sede de controle abstrato/concentrado? Como se constitui o precedente judicial nesta hipótese e em todas as demais hipóteses que realizam o controle de validade de uma norma jurídica?

Abordando especificamente a formação do precedente judicial constitucional, Luiz Guilherme Marinoni ressalta a tendência de objetivação do controle de constitucionalidade, desvinculado de um caso concreto, o que aproximaria o Supremo Tribunal Federal ao Tribunal Constitucional alemão:

Tratando-se de controle concentrado, o fio condutor que proporciona ampla discussão das teses jurídicas nesta sede é a ideia de processo objetivo. Não havendo necessidade de se pensar em partes e de se julgar um ‘caso concreto’, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concentra-se na controvérsia constitucional e em seus efeitos. Tal técnica de julgamento permite um foco maior em questões que extrapolam o individual para atingir toda a coletividade. Nestas hipóteses, ao se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, cria-se precedente em tudo assimilável àqueles do Tribunal Constitucional alemão.<sup>313</sup>

Assim, o precedente judicial derivado do controle de constitucionalidade concentrado/abstrato possui a particularidade de ser objetivo, desvinculado de um caso concreto:

Os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional,

<sup>313</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...**, p. 258-259.

declarando a sua (in)constitucionalidade. O controle é em tese e com caráter objetivo. Ao contrário daqueles oriundos de recurso especial e extraordinário, tais precedentes não são individuais e concretos. De qualquer forma, ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a individualidade da norma confrontada.<sup>314</sup>

A decisão de validade (constitucional ou não), ainda que incidental a um processo que visa à pacificação de um litígio específico, tende a assumir essa objetivação, pois em geral a decisão de validade não depende dos fatos litigiosos: uma norma é válida ou não de acordo com os requisitos e critérios próprios de determinado sistema jurídico.

Esta peculiaridade também pode ser encontrada nos países da *common law*. Jan Komárek, professor do departamento de Direito da *London School of Economics and Political Science*, afirma que, tanto em casos envolvendo questões constitucionais, quanto em casos envolvendo interpretação da lei, muito frequentemente os fatos não assumem grande importância. Quando o tribunal analisa a legislação de acordo com sua compatibilidade constitucional, eles podem fazê-lo de forma abstrata, isto é, a questão constitucional é apresentada independentemente de um caso controvertido. Não há, nestes casos, um fundamento factual, mas apenas provisões legislativas que devem ser comparadas com outro conjunto de normas abstratas: a Constituição.<sup>315</sup>

Ressalte-se que, na Inglaterra, a ausência de uma constituição escrita (no sentido de não haver um único texto formal que reúna as normas básicas de organização política daquele país) não permitiu o desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade. Ademais, a própria formação histórica da *common law* e, posteriormente, da doutrina do *stare decisis*, esteve sempre ligada à ideia do *case law* e da formação das normas jurídicas a partir da análise dos fatos litigiosos.

---

<sup>314</sup> Ibid., p. 259.

<sup>315</sup> “When constitutional courts review legislation for its constitutionality, they can do so in an abstract context – on a petition of constitutionally qualified actors raised independently of a particular ‘case or controversy’. There is no factual background in such cases, only legislative provisions that are to be compared with another set of abstract norms, the constitution”. (KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, Londres, nº 8, 2012, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2150133>. Acesso em 15.07.2014)

A adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não é incompatível, portanto, com o controle de constitucionalidade abstrato.

Em alguns casos, a aplicação do precedente não depende da análise da similitude fática: a norma firmada pelo precedente independe do conjunto fático. Assim, v. g., o precedente *Marbury vs. Madison*, que fixou a possibilidade de o Judiciário norte-americano promover o *judicial review*: a aplicação deste precedente a outros casos não depende da identificação da similitude fática entre os casos.<sup>316</sup>

Podemos ter três situações referente às decisões parciais de controle de validade:

- a) decisão de validade em um sistema de controle abstrato, objetivado, como ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade;
- b) decisão de validade incidental a um processo que visa à pacificação de um litígio individualizado, mas que mantém o caráter objetivo, isto é, a decisão de validade independe do conjunto fático: a validade ou não da norma jurídica será definida unicamente a partir dos critérios de validade aceitos pelo sistema;<sup>317</sup>
- c) decisão de validade pelo qual a validade da norma é verificada a partir da interpretação do texto legislativo fixada tendo como substrato o conjunto fático litigioso.<sup>318</sup>

Na última hipótese, a formação do precedente judicial se dá de forma semelhante ao precedente constituído por uma decisão de interpretação ou de escolha de consequências jurídicas: há um conjunto fático que serve de parâmetro para a determinação dos fatos similares. A validade, aqui, depende do sentido

<sup>316</sup> ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 363.

<sup>317</sup> “Todo sistema jurídico é baseado em regras fundamentais ou princípios últimos por meio dos quais é possível verificar se uma norma em particular é uma norma jurídica”. No original: “Every legal system is based on fundamental rules or ultimate principles by means of which it is possible to ascertain whether a particular rule is a rule of law”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 167)

<sup>318</sup> “Na hipótese ora cogitada, poderá ser inviável o próprio controle abstrato – não se abrindo a oportunidade para a própria formação de pronúncia com força vinculante. O juízo sobre a constitucionalidade precisará ser feito em sede de controle concreto, incidental. No entanto, pode ocorrer situação mais complexa do que essa. É possível que se emita um pronunciamento em sede abstrata no sentido da constitucionalidade de determinado ato normativo – e, posteriormente, a consideração de circunstâncias específicas de determinado caso concreto imponha um juízo de ponderação que conduza ao afastamento da incidência daquela mesma norma antes declarada constitucional em sede abstrata. Ter-se-á uma inconstitucionalidade estritamente naquela situação concreta”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 105)

atribuído ao texto legislativo: determinados sentidos tornam o texto legislativo incompatível com a Constituição Federal; outros sentidos, entretanto, mantêm a compatibilidade do texto legislativo.

Nas duas primeiras hipóteses, a formação do precedente judicial não se dá a partir da análise dos fatos considerados materiais, mas sim a partir de uma questão de validade jurídica: a similitude entre os casos – aquele que deu origem ao precedente judicial e aquele ao qual se pretende aplicar o precedente – se dá no âmbito da igualdade de questão de direito, *in casu*, igualdade da questão de validade jurídica que se discute no caso que se pretende aplicar o precedente.

#### 4.5.2 Decisões parciais de eficácia

Questões de validade da norma jurídica não se confundem com as questões de sua eficácia. Muito embora a invalidade da norma possa afetar sua eficácia – afirma Eduardo Talamini -, é certo que os planos da validade e da eficácia não se confundem, podendo haver decisões de eficácia da norma jurídica autônomas e que não se confundem com as questões de validade. Assim, v. g., se uma norma atinge ou não situação jurídicas constituídas antes de sua vigência, se a norma constitucional tem aplicação imediata ou não, se é de eficácia plena ou contida, questões sobre a utilização da técnica da modulação de efeitos.<sup>319</sup>

Adicionamos, portanto, as decisões de eficácia ao rol de decisões parciais apresentadas por Wróblewsky, de forma que também as decisões parciais de eficácia podem se constituir na *ratio decidendi* do precedente judicial, na medida em que a natureza de suas questões não se confunde com as outras espécies de decisões parciais.

---

<sup>319</sup> TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 134-135.

#### 4.5.3 Decisões parciais de interpretação

Já havíamos exposto anteriormente que a decisão de interpretação, aquela que atribui significado ao texto legislativo, constitui-se em *ratio decidendi* quando proferida pelos tribunais superiores: esta é exatamente a função que lhes foi outorgada constitucionalmente visando à unificação do sentido do Direito constitucional e infraconstitucional. A decisão de interpretação do tribunal superior competente constitucionalmente para a definição do sentido de uma norma jurídica ainda em “estado de texto legislativo” constitui-se em *ratio decidendi* do precedente judicial.

Atente-se, ainda, para a lição de Rupert Cross, pela qual uma norma positivada, cuja interpretação não está em questão, pode constituir um passo essencial no raciocínio do juiz mas não constituirá aquilo que se chama de *ratio decidendi*. Se, entretanto, o significado do texto estiver em disputa e o juiz decidir sobre ele, como parte da justificação para alcançar a conclusão, ou seja, que o texto possui um determinado significado, essa norma é sua *ratio decidendi*.<sup>320</sup>

É necessário, portanto, que haja discussão sobre a correta interpretação a ser dada ao texto da lei. Não basta sua aplicação direta, sem que tenha havido discussão a respeito de seu significado. Para que se constituía *ratio decidendi*, faz-se necessário que haja uma decisão judicial a respeito da interpretação do texto legislativo.

#### 4.5.4 Decisões parciais de consequências jurídicas

Os tribunais superiores podem proferir decisões parciais referente às consequências legais apropriadas aos fatos provados (decisão de escolha das consequências). No sistema recursal brasileiro, tribunais superiores não realizam

---

<sup>320</sup> “A statutory rule, whose interpretation is not in question, may constitute an essential step in a judge’s reasoning but it will not, of course, be what is called ‘*ratio decidendi*’. If, however, the meaning of a statute is disputed and the judge rules, as part of the justification for his conclusion, that it has one meaning rather than another, this ruling is his *ratio decidendi*”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 72)

decisões de evidência, salvo nas hipóteses do recurso ordinário constitucional ou de ações de sua competência originária. Mas é certo que decisões de escolha das consequências legais não se confunde com decisões de evidência: a escolha das consequências legais depende das prévias decisões de validade e de interpretação, e é a partir delas que o tribunal superior fixa as consequências legais para aquele conjunto fático considerado provado pelo tribunal de segunda instância de onde o recurso se originou.

Ora, se o fundamento último da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais reside justamente no tratamento igualitário dos casos materialmente similares, não seria razoável admitir que o texto legislativo tivesse seu sentido unificado, mas as consequências legais a serem aplicadas a conjuntos fáticos semelhantes pudessem ser diferentes. Assim como os tribunais superiores unificam o sentido da lei, devem igualmente unificar as consequências jurídicas dos casos iguais: as decisões de interpretação e as decisões de escolha das consequências são, nesse sentido, faces de uma mesma moeda, inseparáveis e mutuamente interdependentes. Não seria sistematicamente lógico admitir-se, portanto, que as consequências legais a um conjunto fático definido por um tribunal superior não tivesse efeito vinculante e autoridade para assegurar a igualdade de tratamento aos casos materialmente similares.

#### 4.5.5 Decisões parciais, regra jurídica e sua universabilidade

Consideramos que aquilo que obriga no precedente judicial, i. e., sua *ratio decidendi*, são as decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de escolha de consequências legais proferidas pelos tribunais superiores, necessárias, na argumentação apresentada pelo julgador, para se alcançar a decisão final, identificadas e compreendidas à luz do caso concreto decidido, excepcionadas as hipóteses em que as decisões parciais são tomadas abstratamente.

Ressalte-se, para melhor compreensão, que a *ratio decidendi* do precedente judicial é a decisão parcial proferida pelo tribunal superior. Assim, nem tudo aquilo que é afirmado constitui-se em *ratio decidendi* do precedente judicial, mas apenas

aquilo que é decidido.<sup>321</sup> A decisão parcial que se constitui na *ratio decidendi* do precedente judicial não é qualquer decisão afirmada, mas aquela que é utilizada para a resolução do caso concreto (salvo nas hipóteses de controle abstrato de validade/constitucionalidade): somente a decisão tomada à luz do caso litigioso, compreendida como solução deste, entendida dentro deste contexto, é que pode ser considerada *ratio decidendi*, apta a ser utilizada para a solução de casos materialmente semelhantes.<sup>322</sup>

Adotando este entendimento, procuramos nos afastar de duas concepções frequentemente apresentadas: primeiro, a de que a *ratio decidendi* do precedente judicial constitui-se no “passo necessário”, nas “razões necessárias” para se alcançar a decisão final. Entendemos que esta concepção é por demais vaga, pois nos leva fatalmente a uma pergunta subsequente: quais são os passos necessários? Quais são as razões necessárias? Como se identificaria quais são os “passos” ou “razões” necessárias ao encadeamento lógico que deve ser adotado para se alcançar a conclusão?

Segundo, a solução pela qual a *ratio decidendi* do precedente judicial consiste nos princípios de direito afirmados pelos tribunais nas decisões passadas. Para essa análise, comungamos com as críticas apresentadas por Larry Alexander e Emily Sherwin. Segundo a concepção principiológica do precedente judicial, o julgador posterior, ao resolver um litígio, deve procurar nas decisões pretéritas as razões ou princípios subjacentes que fundamentam as decisões tomadas. Os princípios extraídos proveriam a fonte de Direito para o caso a ser julgado pelo tribunal no *instant case*.<sup>323</sup>

Esta abordagem apresenta uma vantagem clara: os princípios jurídicos proveem um guia para os tribunais, podendo ser aplicados nos casos para os quais ainda não há nenhum julgamento, servindo o precedente judicial, portanto, como parâmetro para a construção de novas soluções a casos diversos.

---

<sup>321</sup> “The process of inducing the rule ‘implied’ in precedent decision, the much celebrated ‘case law technique’, is commonly known as the search for the ‘ratio’ (or ‘holdings’) of the case, distinguished from mere ‘dicta’. When looking for the ratio of a case, it is not what the court *said* which matters; it is what it *decided*”. (KOMÁREK, Jan, *op. cit.*, p. 3)

<sup>322</sup> “The rule is implicit because it is made by being used in the case, rather than by being expressed. It is the rule as used rather than the rule as stated”. (GARDNER, John. Some types of law. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 68)

<sup>323</sup> ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 40.



Mas aquela abordagem possui desvantagens importantes: os princípios expressos ou implícitos nas decisões judiciais passadas são vagos e dependentes de juízos de valor. A concepção que adotamos neste trabalho – identificando os precedentes judiciais com as decisões parciais tomadas no curso do julgamento – permite a identificação do precedente judicial menos vago, mais concreto.<sup>324</sup>

Outro problema decorrente da adoção de uma abordagem principiológica do precedente judicial reside no alcance da coerência do ordenamento jurídico a partir do reconhecimento de que o precedente judicial é uma fonte do Direito. Vários princípios podem ser identificados como princípios jurídicos afirmados e aceitos em um determinado ordenamento jurídico, deixando espaço para discordância sobre qual melhor se aplica à solução do caso concreto. Conforme lição sempre citada, os princípios jurídicos não são aplicáveis na forma do tudo ou nada: o conjunto dos precedentes judiciais pode apresentar vários princípios relevantes para a solução de um determinado litígio, mas aqueles princípios podem ser conflitantes entre eles, de tal forma que o tribunal posterior deveria determinar quais princípios deverão ser aplicados ao caso sob julgamento. Assim, mesmo quando o conjunto de princípios elegíveis é incontroverso, princípios concorrentes dentro desse conjunto devem ser sopesados. Desta forma, os princípios jurídicos não são definitivos de resultados: eles são "pontos de partida" para o raciocínio, ou considerações a serem valorados, que podem entrar em conflito um com o outro em um caso particular.<sup>325</sup>

As decisões parciais adotadas pelos tribunais para se alcançar um determinado resultado se afastam da noção de princípio e se aproximam da concepção de regra jurídica (*rule*), uma vez que a norma jurídica em que se constitui a decisão parcial (a *ratio decidendi* do precedente judicial) já vem com seu âmbito de aplicação delimitado (pelos fatos materiais) ou, no dizer de Canotilho, já houve a “mediação concretizadora” que torna a regra menos vaga e indeterminada que os

---

<sup>324</sup> “Legal principles immanent in the body of law are in several ways less determinate than precedent rules posited by prior courts. Most obviously, principles tend to be more vague and more dependent on value-laden terms than posited rules that prescribe results for future cases”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Judges as rule makers*, *op. cit.*, p. 43)

<sup>325</sup> “We have noted that legal principles are not definitive of outcomes: They are ‘starting points’ for reasoning, or considerations to be given “weight,” that may conflict with one another in a particular case”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 43)

princípios;<sup>326</sup> a *ratio decidendi* do precedente judicial pode ser resultado da aplicação dos princípios jurídicos, mas não se identifica com eles.<sup>327</sup>

Thomas da Rosa de Bustamante, ao analisar a prática do *common law* inglês, afirma que, neste,

O Direito há de ser buscado em um precedente que tenha resolvido um caso semelhante em termos relevantes ao que se coloca para o intérprete, há de ser normalmente encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação.<sup>328</sup>

O objeto da regra estabelecida pelo precedente judicial é solucionar o litígio e prover coerência a casos incertos e controversos. Para isso, a regra formulada deve possuir certa generalidade, a fim de poder ser aplicada a um conjunto de casos futuros, mas deve ser suficientemente determinada para poder ser aplicada diretamente às questões controvertidas para as quais foi estabelecida.<sup>329</sup> Essa norma jurídica – na forma de regra jurídica – entretanto, deve poder estender seus efeitos de força normativa (prescritiva), de modo a poder abarcar os casos futuros materialmente similares. Deve, no dizer de MacCormick, ser universalizável.<sup>330</sup>

Desta forma, as decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de escolha de consequências legais que, segundo pensamos, constituem a *ratio decidendi*, assume a forma de regra jurídica universalizável, compreendida à luz dos fatos materiais do caso litigioso para cuja solução foi (re)formulada no processo

<sup>326</sup> Canotilho expressamente refere-se ao juiz como agente dessa mediação concretizadora: “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161)

<sup>327</sup> Canotilho aponta para a natureza normogenética dos princípios jurídicos: “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. (Idem)

<sup>328</sup> BUSTAMANTE, Thomás da Rosa de, *op. cit.*, p. 4.

<sup>329</sup> “The object of a rule is to settle controversy and provide coordination in cases of uncertainty and disagreement. For that purpose, a rule must be general, covering a range of future cases. It must also be determinate enough to be applied without direct consideration of the questions it was designed to settle”. (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *op. cit.*, p. 45)

<sup>330</sup> MACCORMICK, Neil *op. cit.*, p. 199. “Qualquer que seja o poder normativo dos juízes, ele só pode ser legitimamente exercido se a argumentação que justifica cada decisão puder ser construída em uma linguagem universal, imparcial, construída por meio de *regras*”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 114)

decisório informado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

#### 4.6 DESENVOLVIMENTO E CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO BRASIL

##### 4.6.1 Fator prático e fator teórico do desenvolvimento de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios

Assiste-se à transição de entendimento sobre a natureza e a função das decisões judiciais dos tribunais superiores: aquelas deixam de ser simples fonte subsidiária ou secundária do Direito, com função meramente persuasiva para os demais casos, com eficácia limitada ao caso em que foram proferidas, para serem consideradas verdadeiros precedentes judiciais, com nítida função de estabelecimento de pautas de conduta que ultrapassam os interesses das partes envolvidas no caso que serviu de oportunidade para a prolação da decisão.<sup>331</sup>

Os fundamentos são, porém, diferentes daqueles que deram origem ao sistema de precedentes judiciais obrigatórios desenvolvido na Inglaterra e que, posteriormente, se espalhou aos demais países de colonização inglesa: nestes, a autoridade do precedente judicial desenvolveu-se historicamente, fruto da necessidade de consolidação do Direito no território inglês, até então (ano de 1066) fragmentado. Foram os tribunais reais instituídos após a conquista normanda da Inglaterra que iniciaram os trabalhos de consolidação de um Direito comum a toda a Inglaterra – o *common law*. Naturalmente, a ausência de um corpo de leis promulgada pelo legislativo conduziu à necessidade de respeito às decisões judiciais.

Nos países que adotam a tradição do *civil law*, entretanto, não são exatamente motivos históricos que conduzem à adoção de uma sistemática de

---

<sup>331</sup> O direito deve gerar segurança “no sentido de possibilitar aos jurisdicionados terem expectativas generalizáveis sobre as condutas, próprias e alheias (e não mais no sentido de manutenção do *status quo*)”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial**..., p. 60)

respeito aos precedentes judiciais. Dentre diversos fatores, podemos citar dois de inegável importância: um fator prático e um fator teórico.

Na prática, os operadores dos Direitos – advogados, juízes, Ministério Público, bem como a sociedade como um todo –, sofreram os prejuízos decorrentes de um sistema judicial pautado em um elástico e mal compreendido princípio do livre convencimento judicial que frequentemente era invocado com a garantia da liberdade funcional do juiz e o direito de julgamento conforme a própria consciência. Como resultado, viveu-se durante décadas sobre o regime da “jurisprudência lotérica”, do fator sorte como um condicionante do resultado do julgamento, da ausência de segurança jurídica, da falta de previsibilidade das consequências do ato praticado, da impossibilidade de se administrar com o mínimo de segurança seus próprios negócios e sua vida privada. Sob outra ótica, a própria igualdade jurídica foi (e ainda é) gravemente atingida, pois casos iguais não são julgados da mesma forma.<sup>332</sup>

Teoricamente, o giro linguístico ocorrido no século passado promoveu uma nova concepção dos atos de cognição, o que certamente atingiu a compreensão da hermenêutica jurídica.<sup>333</sup> A interpretação da lei não se resume mais a uma atividade meramente cognitiva-descritiva, de “descoberta” da norma jurídica previamente existente no texto legal, esperando ser declarada. A interpretação da lei, agora, é criativa, no sentido de que é o intérprete quem outorga sentido ao texto legislativo: a atividade interpretativa, exercida sobre um enunciado prescritivo, produz um outro enunciado prescritivo. O resultado da interpretação não possui mais um valor de

---

<sup>332</sup> Segundo Daniel Mitidiero, sem que haja uma profunda reforma cultural voltada à proteção da igualdade e da segurança jurídica, “o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permanecerão *reféns de um sistema desgastado* e o processo civil continuará sendo um *jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade* de seus resultados”. (itálico no original) (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores...**, p. 130) “Para além disso, é possível afirmar que o atual sistema jurídico brasileiro, em que pese ter sua tradição no *civil law*, acaba tendo que enfrentar um paradoxo, na medida em que o sistema não consegue dar previsibilidade na aplicação das leis; por outro lado, também não admite um sistema que busque uma coerência nas decisões judiciais, como forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *op. cit.*, p. 265)

<sup>333</sup> Com o giro linguístico, “a linguagem não se posiciona ao lado da arte, do direito e da religião, mas representa o *médium* sustentador de todos estes fenômenos”. (GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2002. v.2, p. 89) “O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90)

verdade do enunciado legislativo: sua função é de (re)construir o significado. A norma jurídica é o resultado da atividade interpretativa do hermeneuta.

#### 4.6.2 O precedente judicial como fonte formal do Direito e a necessidade de uniformização da interpretação

Pode-se falar em precedente judicial como fonte do Direito, não como simples fonte que revela um direito preexistente (como tradicionalmente eram consideradas as decisões judiciais), mas como fonte criativa do Direito, como fonte que cria a norma jurídica definidora da pauta de conduta.<sup>334</sup>

Ocorre, com isto, um reenvio do intérprete do texto legislativo para o julgamento dos tribunais, para os precedentes judiciais. Ao se admitir que os tribunais criam o Direito surge então a necessidade de se uniformizar o entendimento adotado na interpretação das normas jurídicas e na sua própria criação judicial, muitas vezes diversos e contraditórios.<sup>335</sup> Surgem mecanismos de uniformização do entendimento jurisprudencial, destinados a assegurar a unidade da jurisprudência. Entretanto, pode ocorrer que “os recursos não são sempre interpostos e que os tribunais uniformizadores nem sempre são escutados; em resumo, as dissidências jurisprudenciais, mesmo se são anormais, são realidades com as quais uma sociologia do direito tem de contar”.<sup>336</sup>

Como se resolveria a questão de outros juízes decidirem casos materialmente iguais de forma diferente daquela proposta pelo precedente? Eugenio Bulygin enfrenta a questão, afirmando que um precedente é uma norma geral criada pelo juiz em um determinado caso. E se outros juízes decidem de forma diferente um

---

<sup>334</sup> “Geram, para além da solução do litígio específico que lhes foi submetido, uma *norma*, ou seja: um *comando* aplicável, com *generalidade*, a todos os demais casos idênticos, de forma *permanente*, e sob pena de *sanção*, à imagem e semelhança de uma lei. São assim, fonte formal do direito”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos, *op. cit.*, p. 63)

<sup>335</sup> “Embora em um regime de decisões com mera eficácia persuasiva haja maior liberdade para a solução das causas, o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial”. (Ibid., p. 68)

<sup>336</sup> CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, p. 223.

caso igual? Neste caso, haveria um conflito entre essas normas que seria resolvido, mais cedo ou mais tarde, por outros juízes localizados em patamar superior na estrutura judiciária, de modo que o processo de criação de normas gerais desembocará em uma norma geral reconhecida de origem jurisprudencial.<sup>337</sup>

#### 4.6.3 Precedente judicial obrigatório e ambientes decisoriais

Teresa Arruda Alvim Wambier considera que o precedente judicial exerce uma maior ou menor função criativa dependendo do ramo do Direito a que pertence a questão decidida pelos tribunais superiores. A extensão da função criativa do precedente judicial dependeria do “ambiente decisório” a que pertence a questão de direito decidida pelo tribunal. A Autora refere-se a “ambiente decisório”, i. e., “a área do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido”.<sup>338</sup> Assim, haveria campos em que deve ser priorizada a segurança, enquanto outros ambientes envolvem questões sociais que necessitam de uma margem de flexibilidade.<sup>339</sup>

Mas quais seriam os critérios para distinção destes campos? Segundo a Autora, “os critérios de distinção são os *princípios basilares* de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o ambiente em que a decisão será tomada”.<sup>340</sup> Assim, ambientes como o do direito tributário, em que vige o princípio da legalidade estrita, são poucos flexíveis. Em ambientes frouxos ou flácidos, como o direito de família, a flexibilização é necessária, assim também como a uniformização da jurisprudência.<sup>341</sup>

Nos ambientes decisórios frouxos, a modificação dos entendimentos não é simples alteração do direito, mas sim evolução do direito. Não se trata de uma simples “mudança de opinião” do juiz, que geralmente ocorre de forma brusca e em

<sup>337</sup> BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 25.

<sup>338</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes..., p. 53.

<sup>339</sup> *Idem.*

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 55.

ambientes decisoriais rígidos, o que inviabiliza a uniformização e estabilização, gerando o indesejável “efeito surpresa”.<sup>342</sup>

#### 4.6.4 O precedente judicial interpretativo como fonte formal do Direito

A *ratio decidendi* do precedente judicial, como propomos, constitui-se nas decisões parciais tomadas na fundamentação da decisão judicial, assumindo a forma de regra jurídica universalizável, compreendida à luz dos fatos materiais do caso litigioso para cuja solução foi (re)formulada no processo decisório.

Repita-se aqui a lição de Wróblewsky que foi exposta anteriormente, de que a decisão judicial não se resume à simples outorga de sentido ao texto de lei, nem, muito menos, de simples descrição ou revelação da norma contida no texto legislativo: no discurso de aplicação do direito estão também as motivações das decisões. Não se pode reduzi-las a citações das regras aplicadas (expressões metalinguísticas), pois a motivação é algo mais rico que somente isso. Há “decisões parciais”, como as decisões de validade, as decisões de interpretação, as decisões de prova e as decisões de eleição de consequências. Como decisões, elas têm caráter normativo, mas estas “decisões parciais” são justificadas por argumentações complexas. A riqueza das expressões jurídicas depende da formulação das regras aplicáveis (da linguagem legal), mas também do estilo das decisões e das particularidades do processo de aplicação do direito ligadas a atividade das partes. A decisão considerada junto com a motivação aparece como uma narração completa com muitos argumentos que a justificam como conclusão.<sup>343</sup>

Por ser instrumento de introdução e modificação de normas jurídicas no ordenamento, o precedente judicial passa a ser visto como uma fonte formal do Direito. Há de se admitir, entretanto, que na maioria das vezes (principalmente nos países da *civil law*), o precedente judicial constitui-se em precedentes interpretativos, i. e., resulta da interpretação das demais fontes do Direito, principalmente do texto legislativo, para *a partir* delas outorgar sentido aos elementos jurídicos (textuais e

---

<sup>342</sup> Ibid., p. 56.

<sup>343</sup> WRÓBLEWSKY, Jerzy. Los lenguajes..., p. 366.

não textuais), (re)criando a norma jurídica adequada para a resolução do conflito (dimensão particular) e para pautar a conduta futura da sociedade (dimensão geral).<sup>344</sup> Isso não lhe retira a condição de fonte formal do Direito, de instrumento criador de normas jurídicas.

Esta é, aliás, outra razão pela qual entendemos não haver uma “*commonlização*” do Direito brasileiro: a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios teria como fundamento, em sua maioria, precedentes interpretativos, precedentes que visam uniformizar a interpretação do texto legislativo. O *common law* é o conjunto de normas jurídicas criadas pelos tribunais, mediante julgamento dos litígios levados ao judiciário para solução. O conjunto daquelas decisões é conhecido como *case-law*. Nos países da tradição do *common law*, este conjunto de normas convive ao lado de outro conjunto de normas, o *statute law*, cujos textos legislativos são de aplicação obrigatória pelos juízes para resolução dos litígios.<sup>345</sup> A adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, no Brasil, se daria, portanto, primordialmente, a partir da aplicação do texto legislativo (inclusive constitucional), cuja necessidade de uniformização justificaria a adoção de um sistema de *stare decisis*.

Quando se fala em “*commonlização*” do direito brasileiro, devido à tendência de se conferir eficácia vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores, faz-se confusão, na verdade, com a tendência em se adotar um sistema de *stare decisis*. O *stare decisis* não se confunde com o *common law*: os precedentes interpretativos nos países de colonização inglesa, i.e., as decisões judiciais que interpretam o *statute law* também estão sujeitas à estabilidade dos julgamentos, ao reconhecimento da autoridade do precedente judicial, submetendo-se à prática jurídico-argumentativa do *stare decisis*. Conferir eficácia vinculante às decisões dos tribunais superiores aproxima o Direito brasileiro ao sistema de *stare decisis*, mas não ao *common law*.

---

<sup>344</sup> Em alguns sistemas e tradições jurídicos, “precedentes são reconhecidos como uma fonte a partir da qual deriva um certo tipo de Direito, o Direito jurisprudencial (*case-law*). Nos tempos recentes, pelo menos, é preciso alertar que, mesmo nos países do *common law*, Direito jurisprudencial puro é relativamente raro. Muito do Direito jurisprudencial agora toma a forma de interpretações explicativas (*glosses*) da lei”. (MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 192)

<sup>345</sup> No verbete *common law*: “The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions”. (GARNER, Bryan A., *op. cit.*, p. 313)



O reconhecimento do precedente judicial como fonte do Direito não implica que as demais fontes do Direito percam sua importância: elas podem vir a ser novamente invocadas a qualquer tempo, assim que se fizer necessária a mudança do sentido a elas outorgadas ou, realizado o *distinguishing* e verificando-se que o caso em julgamento não é similar ao caso que deu origem ao precedente, se fizer necessária a reanálise dos elementos textuais e não textuais do Direito para que seja (re)construída uma nova norma jurídica, adequada ao caso sob julgamento, mediante outorga de um novo sentido que se adeque aos diferentes fatos materiais sob análise.

#### 4.6.5 Precedentes judiciais obrigatórios e compatibilização com as garantias processuais constitucionais

A invocação do precedente judicial obrigatório não serve como razão suficiente para a decisão dos casos futuros. A decisão fundada em precedente judicial obrigatório deve ser fundamentada a partir dos fatos materiais da causa e da norma jurídica exposta pelo precedente judicial. Isso somente é possível mediante uma nova atividade interpretativa: a norma jurídica criada pelo precedente judicial deve ser objeto de nova interpretação que depende, em sua base, da análise da similitude fática.<sup>346</sup>

Mas como vimos, a análise da similitude fática não é uma atividade simplesmente analógica: ela depende de valoração, na medida em que é necessário enquadrar os fatos do caso sob julgamento nas mesmas categorias adotadas pela *ratio decidendi* do precedente judicial que se pretende aplicar.<sup>347</sup> Trata-se de nova

---

<sup>346</sup> A importância dos fatos da causa para fins de identificação e aplicação do precedente judicial bem foi retratada por Edward Re: “Naturalmente as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados. Os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina *ex facto oritur jus* nos afirma que o direito deriva dos fatos”. (RE, Edward Dominic, *op. cit.*, p. 283)

<sup>347</sup> Nos dizeres de Lord Halsbury em *Quinn v. Leathem* [1901]: “Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expressions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found”. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 43)

atividade valorativa (não simplesmente analógica), o que impede a aplicação mecânica e “direta” do precedente judicial ao novo caso.

Temos, assim, algumas conclusões que merecem ser expostas sinteticamente antes de iniciarmos o próximo capítulo: por razões práticas e teóricas, desenvolveu-se a concepção de que o precedente judicial é fonte do Direito apropriado para veicular uma norma jurídica; a virada linguística dos anos 1900, o abandono das teorias cognitivistas, a necessidade de se obter previsibilidade e segurança jurídica a partir da unidade e coerência das decisões judiciais levaram à conclusão de que os precedentes judiciais dos tribunais superiores são dotados de autoridade, isto é, são obrigatórios; o precedente judicial fixa, portanto, a pauta de conduta a ser seguida pela sociedade, bem como cria as normas jurídicas que servirão de fundamento da decisão judicial quando casos materialmente idênticos houverem de ser solucionados pelo judiciário; o precedente judicial não é fonte subsidiária ou secundária pois não tem função supletiva ou meramente colmatadora do ordenamento jurídico; o precedente judicial é fonte primária do Direito, na medida em que cria normas jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto e a todos as demais situações fáticas materialmente idênticas, garantindo assim a unidade e a coerência do Direito, bem como a previsibilidade e a segurança jurídica garantidoras do Estado de Direito.<sup>348</sup>

A questão cinge-se, agora, em saber como a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios deve ser compatibilizada com o respeito às garantias processuais previstas na Constituição Federal, cientes de que toda importação de institutos jurídicos ou aproximação de sistemas jurídicos deve levar em consideração a necessária compatibilização com os ditames constitucionais do país receptor. Como a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios se compatibiliza com o princípio democrático e com a separação dos poderes? Como deve ser a atividade decisória que cria o precedente judicial para que não haja ofensa aos princípios processuais constitucionais? Como deve a decisão judicial ser tomada e justificada mediante aplicação de um precedente judicial, de modo que não haja ofensa às garantias do devido processo legal, do contraditório e

---

<sup>348</sup> “O Estado de Direito, assumindo *dimensões declarativas*, impõe, dentre outros fins autônomos de proteção, a tutela da confiança e da segurança jurídica. Busca-se assegurar, assim, a racionalidade da atuação estatal a partir de padrões de justiça e ações preestabelecidos. Segue-se aí, certamente, uma *carga implícita* de compromisso com a *calculabilidade* e *estabilidade* das relações sociais e jurídicas”. (itálico no original) (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 213)

da ampla defesa? Como conciliar a necessidade de unidade e coerência do Direito, a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica, sem que haja ofensa à garantia de as partes serem seriamente ouvidas e terem suas razões levadas em consideração no processo judicial?

Em resumo: como um sistema de precedentes judiciais obrigatórios deve ser compatibilizado com o sistema democrático e com as garantias processuais constitucionais?

## 5 PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Apresentou-se, até o momento, uma proposta de conceito de precedente judicial como fonte do Direito e delimitação de sua *ratio decidendi*. Trata-se, agora, de se propor uma forma de compatibilização de um sistema de respeito aos precedentes judiciais à luz do princípio democrático e das garantias do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Para tanto, dividiremos o presente capítulo em três partes distintas: a primeira parte refere-se à formação do precedente judicial, principalmente estabelecendo como sua formação e reconhecimento de sua autoridade pode se compatibilizar com o princípio democrático, a separação dos poderes e com as garantias processuais constitucionais; a segunda parte pretende analisar como a decisão judicial que se funda na autoridade do precedente judicial deve se constituir em nova decisão, respeitando as garantias processuais constitucionais, permitindo a livre discussão das teses jurídicas pelas partes; a terceira parte analisa a atual forma de utilização das súmulas vinculantes e procedimento de julgamento de recursos repetitivos, promovendo a devida análise crítica destes institutos a fim de adequá-los constitucionalmente para utilização em um sistema de respeito aos precedentes judiciais.

### 5.1 PRECEDENTE JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios encontra resistência no princípio democrático, pelo qual os juízes não teriam sido eleitos pelo povo e, portanto, não poderiam ter o poder de criar normas jurídicas, e no princípio

da separação dos poderes, que reserva a competência de criar normas jurídicas ao Poder Legislativo.<sup>349</sup>

Respeitar a autoridade dos precedentes judiciais, reconhecer seu poder de estabelecimento de pautas de conduta para toda a sociedade e de criar normas jurídicas levam ao reconhecimento do poder criativo dos juízes – *in casu*, dos ministros dos tribunais superiores brasileiros –, i.e, reconhecê-los como *law-makers*.

Mas o reconhecimento do poder criativo dos julgadores dos tribunais superiores não induz à conclusão de que se estaria exercendo poder legislativo. O poder criativo dos julgadores dos tribunais superiores é exercido mediante a atuação de um processo jurisdicional cujas características o tornam inconfundível com o poder criativo decorrente do exercício do processo legislativo.

Valemo-nos, para identificar as características que diferenciam o processo jurisdicional do processo legislativo, da lição de Mauro Cappelletti: do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o processo legislativo resultam em criação do direito, isto é, ambos são *law-making processes*. Entretanto, no que se refere ao procedimento ou estrutura, ambos os processos se diferenciam devido a características que impedem que a atividade criativa do juiz seja considerada uma usurpação da função legislativa.<sup>350</sup>

As características do processo judicial seriam: a imparcialidade do juiz, a garantia do contraditório e a impossibilidade de o juiz agir de ofício. Cappelletti chama estas características essenciais do processo judicial de “virtudes passivas” ou “limites processuais”.<sup>351</sup> Por seu turno, o processo legislativo não é inerte, não garante o contraditório das partes interessadas (muito embora possa se adotar medidas nesse sentido, como as audiências públicas ou os chamados *hearings*), e frequentemente os parlamentares representam interesses de grupos de pressão.

Aquelas características referem-se, portanto, à natureza formal ou procedimental-estrutural do processo judicial e não determinam o conteúdo ou a

---

<sup>349</sup> “The judiciary shall not usurp legislative power, says the Bill of Rights: yet it not only usurps, but runs riot beyond the confines of legislative power. Judge-made law is special legislation. [...] The Judge makes law, by extorting from precedents, something which they do not contain. He extends his precedents, which were themselves the extension of others, till, by this accommodating principle a whole system of law is built up without the authority or interference of the Legislator”. (RANTOUL, Robert, *op. cit.*, p. 38)

<sup>350</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 74.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

substância das decisões judiciais, em relação aos quais não se pode falar de passividade, mas de atividade, criatividade.<sup>352</sup>

Quanto ao princípio democrático, Cappelletti compila diversos argumentos que afastam a alegação de eventual ofensa àquele princípio: em primeiro lugar, o reconhecimento de que os legisladores e administradores públicos frequentemente não representam verdadeiramente os interesses do povo que os elegeram; em segundo lugar, porque o Poder Judiciário não seria inteiramente privado de legitimidade, na medida em que os julgadores dos tribunais superiores seriam indicados pelos outros dois poderes, representando, ou pelo menos não exercendo um contraste maior com as maiorias políticas detentoras do poder; em terceiro lugar – e com expresse fundamento em Martin Shapiro – os tribunais podem contribuir com a representatividade geral do sistema, permitindo a proteção dos direitos dos grupos minoritários que geralmente não têm acesso ao processo legislativo (*political process*); em quarto lugar, o processo judicial que respeita suas características essenciais - a imparcialidade do juiz, a garantia do contraditório e a impossibilidade de o juiz agir de ofício – garante a legitimidade democrática da função jurisdicional; por fim, o argumento de que a democracia não pode sobreviver sem um sistema de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, exercendo o Poder Judiciário essa função como expressão do sistema de *checks and balances*.<sup>353</sup>

Adicionamos aos argumentos trazidos por Cappelletti outra característica que reputamos fundamental para o entendimento daquilo que diferencia a função criativa do Direito exercida pelo processo judicial e pelo processo legislativo: os juízes não podem criar o Direito formulando-o e declarando-o abstratamente, mas apenas aplicando-o. Declaração judicial – afirma John Salmond – não acompanhada de aplicação, não possui autoridade.<sup>354</sup>

Desta forma, o precedente judicial obrigatório, como veículo de norma jurídica estabelecendo pautas de conduta para a sociedade somente se legitima democraticamente:

---

<sup>352</sup> Ibid., p. 79.

<sup>353</sup> Ibid., p. 94-107.

<sup>354</sup> “The prerogative of judges is not to make law by formulating and declaring it - this pertains to the legislature - but to make law by applying it. Judicial declaration, unaccompanied by judicial application, is of no authority”. (SALMOND, John William, *op. cit.*, p. 174)

a) se derivado da necessidade de se dar solução a um caso concreto levado ao Judiciário para lhe ser dado solução. O Judiciário não pode – democraticamente – estabelecer pautas de condutas por meio de seus julgamentos que não tenham sido necessárias para o julgamento do litígio posto para solução. A não ser assim, estar-se-ia dando ao Judiciário poderes para estabelecer normas jurídicas abstratas e gerais desvinculados da necessária facticidade à luz da qual os precedentes judiciais devem ser criados e interpretados. A competência para instituir normas jurídicas gerais e abstratas, sem necessidade de fundamentação, é do Poder Legislativo; à luz do princípio democrático, o precedente judicial como fonte do Direito somente se legitima quando a norma jurídica é (re)construída judicialmente para fins de solução de um caso concreto, tornando-se, assim, pauta de conduta para a sociedade e parâmetro isonômico para a solução de casos materialmente semelhantes que no futuro demandarem solução judicial. Enfim, é somente no ato de aplicação que o Judiciário está autorizado democraticamente a criar precedentes judiciais obrigatórios como fonte do Direito;

b) se houver discussão jurídica entre as partes envolvidas no processo acerca da norma jurídica a ser (re)criada pelo Judiciário, acerca da pauta de conduta a ser afirmada pelo precedente judicial, devendo os julgadores levarem em séria e detida consideração os argumentos das partes e de eventuais terceiros intervenientes – Ministério Público e *amicus curiae*. Mais adiante (item 5.1.2 *infra*), será demonstrado como a devida consideração, pelo Judiciário, acerca dos argumentos invocados em juízo é pressuposto do respeito das garantias do contraditório e da ampla defesa e requisito para a legítima criação de precedentes judiciais;

c) se houver fundamentação apropriada na decisão judicial proferida pela Suprema Corte, podendo dela ser extraída com clareza a pauta geral de conduta afirmada e a norma jurídica que deverá ser aplicada aos casos futuros materialmente idênticos para fins de se garantir a igualdade de tratamento exigido pelo Estado Democrático de Direito.

### 5.1.1 Formação do precedente judicial obrigatório: influência das partes sobre o convencimento judicial e participação do *amicus curiae*

No direito inglês, afirma Neil Andrews, tradicionalmente o juiz deveria decidir o caso de acordo com os argumentos trazidos pelos advogados das partes; o juiz inglês, afirma, era refém dos argumentos desenvolvidos pelos advogados, de modo que a regra do *iura novit curia* não fazia parte do direito inglês. Entretanto, esta característica do direito inglês vem sendo alterada, e indica o precedente firmado em *North Range Shipping Ltd vs. Seatrans Shipping Corporation* (2002), no qual a *Court of Appeal* “recusou a ser limitada pela argumentação apresentada pelos advogados a respeito de um aspecto jurídico e passou a investigá-lo mais intensa e amplamente, para assegurar-se de que o direito inglês era realmente compatível com art. 6(1) da Convenção Europeia”.<sup>355</sup>

Nos países que herdaram a tradição jurídica do *civil law*, como o Brasil, a regra do *iura novit curia* é amplamente afirmada e aplicada. Deve-se, portanto, compatibilizá-la com a formação do precedente judicial, a fim de que o posicionamento jurídico adotado pela corte não seja firmado sem o auxílio (democrático) das partes, constituindo-se em elemento surpresa contra o qual as partes não tiveram possibilidade de se manifestar, demonstrando a sua (in)aplicabilidade ao caso sob julgamento.

Se o juiz não é “refém” dos argumentos trazidos pelas partes, uma vez que ele, o juiz, conhece o direito a ser aplicado, é necessário compatibilizar essa tradição jurídica com as garantias do contraditório e da ampla defesa, devendo a corte que irá fixar o precedente oportunizar às partes que se manifestem sobre a linha argumentativa que a corte pretende seguir ao decidir o caso e fixar o precedente judicial. Com bem afirma Neil Andrews, “o diálogo é importante e o direito não pode ser resultado de reflexões solitárias dentro de um escritório. O debate deve ser estimulado positivamente”.<sup>356</sup>

<sup>355</sup> ANDREWS, Neil, *op. cit.*, 122; 124. Artigo 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]”.

<sup>356</sup> ANDREWS, Neil, *op. cit.*, 123.



Desta forma, “se a corte decide optar por um caminho jurídico diferente daquele sugerido pelos advogados das partes, deve respeitar o princípio do contraditório e dar às partes a oportunidade de se manifestar sobre a nova linha argumentativa”.<sup>357</sup>

O direito de ser efetivamente ouvido e suas razões consideradas foi consagrado pelos *Principles of Transnational Civil Procedure* adotados pelo *American Law Institute* (ALI) e pelo *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit), em cujo item 5 foi apreciado o direito de ser ouvido, estabelecendo, em seus subitens, que: as partes têm o direito de apresentar alegações de fato e de direito, bem como de produzir provas; a parte deve ter a oportunidade e o tempo razoavelmente adequados para responder às alegações de fato e de direito e às provas produzidas pela outra parte, bem como às ordens e sugestões dadas pelos tribunais; a corte deve considerar todas as alegações das partes e abordar aquelas consideradas questões essenciais.<sup>358</sup> Verifica-se que as partes têm não apenas o direito de apresentar suas alegações de fato e de direito e de produzir provas, como também possuem o direito de se manifestar sobre as alegações e provas produzidas pelas outras partes, bem como sobre as manifestações proferidas pelos tribunais; ao final, estabeleceu-se o dever de os tribunais considerarem todas as alegações das partes, decidindo expressamente sobre aquelas consideradas essenciais, isto é, aquelas que, uma vez acatadas, possuem a capacidade de determinar o resultado do julgamento.

O precedente judicial firmado servirá não apenas como fonte do Direito para a resolução dos casos similares futuros, mas também como pauta de conduta destinada à sociedade como um todo. O precedente judicial, portanto, extrapola o interesse das partes. Daí entendermos que, em casos cujo precedente seja capaz de atingir amplo espectro da sociedade, deve-se permitir a manifestação de pessoas ou organizações específicas a fim de auxiliar a corte a decidir. Deve-se permitir, assim, a manifestação do *amicus curiae*.

---

<sup>357</sup> Ibid., 122.

<sup>358</sup> No original: *Principles of Transnational Civil Procedure*: “5.4 The parties have the right to submit relevant contentions of fact and law and to offer supporting evidence; 5.5 A party should have a fair opportunity and reasonably adequate time to respond to contentions of fact and law and to evidence presented by another party, and to orders and suggestions made by the court; 5.6 The court should consider all contentions of the parties and address those concerning substantial issues”.

O *amicus curiae*, no dizer de Eduardo Talamini, “é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revistada de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes”.<sup>359</sup>

A possibilidade de manifestação do *amicus curiae* já vinha prevista no § 4º do art. 543-C do CPC/1973 e agora no art. 1038, I, do CPC/2015, referente ao procedimento para julgamento por amostragem de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Mas entendemos que a presença daquele terceiro deve ser mais constante, principalmente no julgamento de casos cujo precedente judicial formulado possa atingir um grande número de interessados, como ocorre, por exemplo, nas questões de direito do consumidor, direito ambiental etc. Nesse sentido, andou bem o CPC/2015 ao estabelecer, no art. 138, o princípio da admissibilidade geral do *amicus curiae* em qualquer processo, levando-se em consideração a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Adiante, aprofundaremos a questão da participação do *amicus curiae* na formação do precedente judicial.

### 5.1.2 Contraditório efetivo e influência na formação da decisão judicial

Tradicionalmente, configura-se o contraditório no processo judicial por meio do binômio constituído pela ciência dos atos processuais e bilateralidade de audiência. Pelo primeiro elemento, as partes devem ser cientificadas dos atos processuais praticados pela parte contrária, pelo magistrado ou por quaisquer dos auxiliares do Judiciário, a fim de que tome conhecimento de sua ocorrência. Ciente da prática dos atos processuais, possibilita-se a bilateralidade de audiência – segundo elemento da concepção tradicional do contraditório – entendida como a possibilidade de a parte se manifestar, deduzindo sua defesa ou considerações sobre o ato processual praticado ou a ser praticado.

---

<sup>359</sup> TALAMINI, Eduardo. Do *amicus curiae*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

A fim de se garantir às partes que possam se manifestar sobre todas as questões decididas no processo – efetivando-se, portanto, o elemento da bilateralidade da audiência integrante do conceito de contraditório – é que o julgador, antes de decidir questão não debatida no processo, ainda que se trate de questão que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, deve permitir às partes que previamente se manifestem sobre a referida questão.<sup>360</sup> Desta forma, impede-se a prolação de decisão surpresa, evitando-se que uma questão – de fato ou de direito, ainda que possam ser conhecidas de ofício – seja decidida sem que as partes tenham a oportunidade de sobre ela se manifestar.<sup>361</sup>

Entretanto, constituir-se-ia mera atividade formal que o exercício do contraditório pela parte se resumisse na possibilidade de apresentar sua defesa e considerações em juízo se, ao final, quando da decisão judicial, o magistrado não tivesse o dever funcional de levar seriamente em consideração os argumentos trazidos pela parte, manifestando-se fundamentadamente sobre eles, seja para acatá-los, seja para refutá-los.<sup>362</sup> A omissão do magistrado em decidir levando em consideração os argumentos alinhavados pelas partes reduziria o contraditório a mera formalidade, cuja importância ressurgiria quando – e se – o magistrado levasse em consideração os argumentos apenas quando com eles concordasse, deles se servindo para fundamentar sua decisão, mas não se preocupando em afastá-los racionalmente, mediante decisão fundamentada, quando deles divergisse.

---

<sup>360</sup> Há disposição expressa, a este respeito, no CPC/2015, art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>361</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, ano LXV, nº 4, jul./ago. 2010, p. 826. Nesse sentido: “Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. [...] O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra *iura novit curia*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, v. 71, jul. 1993, p. 35-36) O ambiente dialético em que se desenvolve o processo impõe que se permita a manifestação das partes em um momento anterior ao ato decisório. Essa audiência prévia legitima a decisão. (CABRAL, Antonio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, v. XIV, 2010, p. 263)

<sup>362</sup> O juiz inglês, ao decidir, afirma Thomas da Rosa de Bustamante, embora não haja a predominância de qualquer modo ou padrão típico de raciocínio, irá “revisar os argumentos das partes e explicar por que eles devem ser aceitos ou rejeitados”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, *op. cit.*, p. 44)

É necessário que os argumentos das partes tenham o poder de influenciar na formação da decisão judicial, que o julgador leve em séria consideração os argumentos das partes, servindo-lhes como fundamento de sua decisão ou rejeitando-os fundamentadamente, demonstrando racionalmente como e porque a decisão judicial tomou rumo diverso daquele pretendido pela parte.<sup>363</sup> No dizer de Antonio do Passo Cabral, se o princípio do contraditório estivesse restrito ao direito de expressão e não representasse também o direito de influenciar as decisões, não teríamos o dever de atenção do juiz que estivesse vinculado ao contraditório.<sup>364</sup>

Nesse sentido é que o contraditório não pode ser concebido como a mera cientificação dos atos processuais seguido da possibilidade de exercício da manifestação das partes.<sup>365</sup> A fim de que o contraditório seja, de fato, uma garantia respeitada, é necessário que os argumentos das partes tenham a possibilidade de influenciar a formação da decisão judicial, garantindo assim a efetiva participação das partes na sua construção. Para tanto, o contraditório depende que o magistrado garanta às partes igualdade de condições na possibilidade de influenciarem na construção da decisão judicial, garantindo que a decisão tomada seja o resultado do embate dialético da interpretação dos fatos e dos elementos jurídicos.<sup>366</sup>

Ao binômio que configurava o contraditório adiciona-se um terceiro elemento: a efetiva influência das partes – e não apenas do réu, a quem a noção de contraditório esteve tradicionalmente vinculada - na construção da decisão judicial.

---

<sup>363</sup> “Objetiva-se, por conseguinte, descortinar o horizonte do debate, razão pela qual pode-se cogitar aí de uma dimensão do princípio da *contributividade*, como consectário do postulado do contraditório. Pode-se afirmar que, na atualidade, a amplitude do contraditório é definida por duas tendências que norteiam o processo: a *cooperação* e a efetiva possibilidade de *participação* no processo de construção da decisão judicial”. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 285)

<sup>364</sup> CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 270.

<sup>365</sup> “Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *op. cit.*, p. 34)

<sup>366</sup> “O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 147-159, jul./set. 2012, p. 148)

O contraditório passa a ser concebido como um trinômio, constituindo-se o terceiro elemento na *participação* das partes no ato decisório.<sup>367</sup>

No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.787/DF,<sup>368</sup> o Ministro Gilmar Ferreira Mendes adotou a concepção do contraditório como um trinômio de direitos, a saber:

- 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

A efetiva participação das partes, identificada aqui como efetiva influência no processo decisório, como densificação<sup>369</sup> e efetivação da garantia do contraditório, constitui a base constitucional para a colaboração no processo judicial.<sup>370</sup>

No dizer de Daniel Mitidiero, a Constituição Federal tem como referencial a construção de uma sociedade cooperativa, o que o leva a referir-se a um “Estado Constitucional Cooperativo”, que lança seus valores sobre o processo judicial: este deve se constituir em uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as partes e o juízo, convertendo-se a cooperação em prioridade no processo.<sup>371</sup> A natureza do processo – na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira - é essencialmente dialética:

<sup>367</sup> “Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de *defesa* pelo réu, para passar a ser a *influência* no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da *participação*: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício”. (Ibid., p. 149)

<sup>368</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25787-7/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, publicado no DJe-101 de 13/09/2007.

<sup>369</sup> “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1.201)

<sup>370</sup> “O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. O valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo. A condução do processo é isonômica”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85)

<sup>371</sup> Ibid., p. 80-81.

o processo não é um monólogo, mas um diálogo, uma conversação. É uma luta de persuasões, uma disputa argumentativa.<sup>372</sup>

### 5.1.3 Legitimidade do precedente judicial e argumento da democracia

Por argumento da democracia referimo-nos àquele que vincula a legitimidade do Direito ao seu estabelecimento por representantes eleitos pelo povo. Trata-se de concepção expressamente albergada pelo texto constitucional em seu art. 1º, parágrafo único, que, ao estabelecer que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, quis, com a expressão “poder”, referir-se também à produção do Direito.

Ao defender a aprovação do projeto de Constituição dos Estados Unidos, Madison ressalta a questão da legitimidade do poder estatal que deve, necessariamente, não apenas emanar do povo, mas que aquele que for investido do poder conserve-se dele dependente.<sup>373</sup>

Dworkin ressalta que os juízes não são eleitos nem reeleitos, o que se justifica pelo fato que as decisões que devem tomar ao aplicar a legislação deve ser imune ao controle popular. Em consequência, “não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular”.<sup>374</sup>

Melvin Eisenberg observa que o legislativo é concebido como uma instituição representativa, composto por um grande número de membros com experiências diversas. Ao contrário, os tribunais são concebidos como instituições não-representativas, composto por um número pequeno de membros relativamente com experiências homogêneas. Enquanto o legislativo é concebido para ser diretamente

---

<sup>372</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *op. cit.*, p. 31.

<sup>373</sup> “O espírito de liberdade republicano parece exigir de um lado não apenas que todo o poder seja emanado do povo, mas também que quem for dele investido se conserve dependente desse mesmo povo, durante o curto período de seus mandatos, sendo a delegação entregue não a poucos, mas a numerosos representantes”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 315)

<sup>374</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 17.

responsável aos cidadãos, cuja responsabilidade é constantemente submetida à prova mediante eleições frequentes e seus trabalhos são submetidos ao escrutínio frequente da população, os tribunais são concebidos para serem diretamente responsáveis apenas para os litigantes.<sup>375</sup>

Se os precedentes judiciais firmados pelos tribunais superiores são dotados de autoridade e se configuram como fontes formais do Direito, inserindo no ordenamento normas jurídicas que servirão de pauta de conduta para a sociedade e serão aplicadas a futuros casos dotados de similitude fática com aquele que está na base da formação do precedente judicial, é necessário verificar de ondem provém a legitimidade dos tribunais para atuar como *law-makers* quando confrontados com o argumento da democracia.

No plano da legalidade, um ato jurídico, para ser válido, deve, em geral, cumprir com os requisitos próprios; assim também ocorre no plano da legitimidade, que requer a confluência de vários requisitos para que o ato seja legítimo. Para fins de análise da legitimidade do precedente judicial, trataremos especificamente, neste trabalho, de um dos requisitos que entendemos seja necessária a presença a fim de conferir ao precedente judicial obrigatório legitimidade quando confrontado pelo argumento da democracia: a participação das partes e de eventuais terceiros na formação do precedente.

Vimos anteriormente que a garantia do contraditório não pode mais ser concebida apenas pelo binômio constituído pela ciência do ato processual e bilateralidade de audiência, mas que a estes elementos deve ser somado um terceiro: a participação das partes na construção do ato decisório. Desta forma, supre-se eventual déficit democrático da atuação do Judiciário como *law-maker*, composto por membros não eleitos pelo povo, permitindo-se a participação direta das partes e de eventuais terceiros na construção do ato decisório.

Essa nova compreensão do contraditório, nos dizeres de Antonio do Passo Cabral, expressa a democracia deliberativa no processo judicial: a sociedade pode influenciar os atos decisórios estatais com a discussão argumentativa, e o contraditório é o princípio processual que põe em prática este procedimento

---

<sup>375</sup> EISENBERG, Melvin Aron, *op. cit.*, p. 9-10.

dialógico, abrindo o palco jurisdicional ao debate participativo e pluralista.<sup>376</sup> Ressalta, entretanto, que o juiz, no interior de suas prerrogativas funcionais, pode considerar errado os argumentos utilizados pelas partes, mas deve, no que concerne ao direito de influência, tomá-los em consideração, fazendo menção expressa das teses propostas pelos sujeitos processuais. Trata-se do dever de atenção às alegações das partes, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e ao correlativo direito de os cidadãos de ver sua linha argumentativa considerada pelo juiz.<sup>377</sup>

O contraditório – em sua concepção tripartite, que engloba a participação das partes entendida como efetiva influência na construção da decisão judicial – legitima a tomada de decisão por parte do Judiciário, seja no que diz respeito à elaboração da norma jurídica concreta que regulará o litígio havido entre as partes, seja no que diz respeito à elaboração do precedente judicial, entendido como fonte formal do Direito que introduz normas jurídicas no ordenamento jurídico.<sup>378</sup> Com isto, supre-se o *déficit* de legitimidade democrática do Judiciário na elaboração de normas jurídicas, substituindo-se a escolha eletiva dos membros do judiciário pela efetiva participação das partes no processo decisório. Pela participação das partes no ato decisório, o processo judicial transforma-se em espaço de exercício direto do poder pelo povo.<sup>379</sup> Sob o viés da participação, o contraditório é visto como direito de influenciar o exercício do poder do Estado.<sup>380</sup>

---

<sup>376</sup> Nesse sentido, o CPC/2015, no art. 927, § 2º, prevê a realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão de tese firmada pelos tribunais superiores quando houver a necessidade de se alterar a tese adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos.

<sup>377</sup> CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 269-270.

<sup>378</sup> “Os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses sujeitos hajam tido oportunidade de participar de sua formação: participação é contraditório”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 32)

<sup>379</sup> “Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração...**, p. 49-50)

<sup>380</sup> CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 262.



A crise da democracia representativa, entendida aqui como o desgaste dos modelos tradicionais de representação política, reforça o papel do Judiciário como *locus* de participação política, o que reafirma a importância da efetiva participação das partes e da sociedade no processo judicial, traduzida na capacidade de influência na construção da decisão judicial. A debilidade das instituições democráticas de representação e o desgaste dos espaços tradicionais de mediação social e política contribuíram em trasladar à esfera judicial os conflitos coletivos que antes eram dirimidos em outros espaços públicos e sociais, de tal forma que o acesso à justiça atua como um mecanismo de participação da esfera política que substitui ou complementa os demais canais institucionais próprios do jogo democrático.<sup>381</sup>

A participação, como valor constitucional que representa a democracia deliberativa e participativa, lança luzes no processo judicial. Exige das partes e do juiz comportamento colaborativo que, além dos já tradicionais deveres de prevenção e auxílio, demanda contínuo diálogo entre as partes e o magistrado.<sup>382</sup> Mas o diálogo que efetiva a participação das partes é somente aquele que é capaz de exercer influência no julgador,<sup>383</sup> o que exige que este, ao decidir, incorpore a argumentação das partes no raciocínio jurídico que fundamenta a decisão – quer para acatá-lo, quer para refutá-lo, ambos fundamentadamente. A incorporação dos argumentos das partes na fundamentação da decisão – adotando-os ou refutando-os – é que garante o controle intersubjetivo da tomada de decisões e garante que o diálogo entre as partes e o julgador não se reduza a uma mera pantomima.

O reconhecimento da textura aberta do texto legislativo, a dissociação entre este e a norma jurídica, o abandono das teorias cognitivistas e textualistas demandam a necessidade de diálogo e controle intersubjetivo da interpretação jurídica no processo decisório e de (re)construção da norma jurídica pelo intérprete.

<sup>381</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz. (Org.) **Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas**. Buenos Aires: Biblos, 2006, p. 60.

<sup>382</sup> “A colaboração e seu principal instrumento – o diálogo – acabam por figurar como importante fator de legitimação do processo civil no Estado Constitucional”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração...**, p. 83-84)

<sup>383</sup> Se no processo o Estado produz decisões que vinculam as partes, pode-se afirmar que os sujeitos do processo, com suas manifestações no curso da instrução, exercitam uma influência profunda sobre o exercício do poder estatal. No processo, a dinâmica do poder compreende a prática da influência. (CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 269)

A adoção de súmulas vinculantes, de procedimentos de julgamento de recursos repetitivos por amostragem e a tendência a se reconhecer a autoridade dos precedentes judiciais, dotando-os de efeitos vinculantes, não meramente persuasivos, reforçam a necessidade do diálogo prévio como fator de legitimidade das decisões judiciais.<sup>384</sup>

A formação do precedente judicial ultrapassa o interesse das partes envolvidas no litígio: como normas a serem introduzidas no ordenamento jurídico e servindo como pauta de conduta da sociedade, a intervenção de pessoas estranhas ao litígio pode servir de canal de manifestação dos diversos setores da sociedade, influenciando os tribunais superiores no processo decisório de fixação do precedente judicial. Nestes termos, a manifestação do Ministério Público e do *amicus curiae* reforçam a legitimidade do precedente judicial quando confrontado com o argumento da democracia,<sup>385</sup> desde que a manifestação daqueles entes sejam incorporados ao raciocínio jurídico que fundamenta a decisão judicial. Da mesma forma que o direito ao contraditório somente é respeitado quando os argumentos das partes são levados em consideração no ato decisório, também a manifestação do Ministério Público e do *amicus curiae* somente legitima a formação do precedente judicial quando seus argumentos são considerados pela corte, acatados ou rejeitados fundamentadamente.

No direito inglês, um precedente judicial firmado sem a efetiva participação das partes no trabalho de convencimento judicial pode limitar a autoridade do próprio precedente para os casos futuros. Nesse sentido, *Lord Goff of Chieveley* faz a seguinte ressalva no julgamento de *Sprind vs. Guardian Assurance Plc* [1995]: “Eu gostaria de frisar que a opinião que expressei nesse ponto do meu voto foi formada

---

<sup>384</sup> “A necessidade de um diálogo *prévio* assume, nessas condições, fator de legitimação das decisões jurisdicionais tomadas no Supremo Tribunal Federal”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561)

<sup>385</sup> “A única forma de *legitimar* a decisão do Supremo Tribunal Federal em hipóteses como tais é reconhecer que ele deve, *previamente*, dar ouvidos a pessoas ou entidades representativas da sociedade civil – e, até mesmo, a pessoas de direito público que desempenhem, de alguma forma, esse mesmo papel, capturando os próprios valores dispersos do Estado, suas diversas opiniões e visões de políticas públicas a serem perseguidas *também* em juízo -, verificando em que medida estão configurados adequadamente os interesses, os direitos e os valores em jogo de lado a lado. De que forma, enfim, aqueles interesses e direitos estão devidamente *representados* em juízo”. (Idem)

sem o benefício da argumentação com os advogados das partes, de sorte que por isso deve ser tida como de autoridade limitada [*limited authority*].<sup>386</sup>

A norma jurídica é, desta maneira, produto da atividade colaborativa e dialógica entre os sujeitos do processo: das partes e seus advogados, do Ministério Público, quando intervém no processo, do *amicus curiae* e dos julgadores.<sup>387</sup>

Assim como a participação das partes na efetiva influência da formação da decisão judicial supre, ainda que em parte, o *déficit* democrático da falta de representatividade dos membros do Judiciário, a intervenção do Ministério Público e do *amicus curiae* transporta “para o ambiente decisório judicial as mesmas tensões e conflitos que permeiam o ambiente administrativo e legislativo. E, mais do que isso: as próprias tensões e conflitos existentes também no âmbito da sociedade civil”.<sup>388</sup>

Se no plano interno do processo judicial as partes devem colaborar com o juiz na composição do litígio, a intervenção do Ministério Público e do *amicus curiae* efetivam a colaboração da sociedade com o juízo na fixação da norma jurídica.<sup>389</sup> A participação do *amicus curiae* possibilita, no dizer de Sandro Kozikoski, a “pluralização do debate constitucional”, o que permitiria que o Tribunal tome conhecimento, “dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida”.<sup>390</sup>

Se as teorias cognitivistas foram superadas, não mais se reconhecendo que as normas jurídicas estão previamente “dadas” pelo texto jurídico, não podendo neste serem encontradas, o mero silogismo formalista torna-se um método inapropriado de estruturação do raciocínio jurídico: sobressai, ao contrário, o papel da dialética e do diálogo na construção da melhor decisão possível, aquela que

<sup>386</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 45.

<sup>387</sup> “[...] law determination is a collaborative and dialogical activity involving bar as well as bench. Final authority, of course, rests with the latter”. (BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 320)

<sup>388</sup> BUENO, Cássio Scarpinella, *op. cit.*, p. 564.

<sup>389</sup> “Justamente porque não há como, sem agredir o ‘modelo constitucional do processo’, afetar algum bem jurídico, interesse ou direito, sem o ‘devido processo legal’, o ‘contraditório’ e a ‘ampla defesa’, sem que haja prévia *cooperação* entre os exercentes do Poder e os seus destinatários”. (Ibid., p. 567)

<sup>390</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 151.

melhor se encaixa no atual estágio de evolução do Direito, que melhor pacifica a sociedade e lhe confere segurança jurídica, à vista dos valores constitucionais, da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>391</sup>

O diálogo travado entre as partes, o Ministério Público, o *amicus curiae* e o juiz potencializa o alcance de uma decisão mais amplamente aceita pela sociedade, tornando-a mais imune a futuras críticas. Ao decidir levando em consideração os argumentos das partes, do Ministério Público e do *amicus curiae*, os membros dos tribunais superiores demonstram racionalmente os motivos pelos quais adotam ou repelem as argumentações apresentadas. Fortalece, assim, o convencimento de que aquela decisão é uma decisão correta (não “a” decisão correta, mas justificável e adequada, isto é, em conformidade com o Direito). Diminui a possibilidade de vir a ser seriamente combatida por críticas posteriores, pois a corte, ao invés de ignorar os argumentos apresentados em juízo - adotando apenas aqueles que lhe convém e que fortalecem a decisão que já haviam de antemão alcançados solipsisticamente – dialoga com os argumentos contrários, demonstra racionalmente o porquê de não serem adotados.<sup>392</sup>

Quando os argumentos contrários àqueles à conclusão da corte são ignorados, não levados em consideração, a participação das partes é frustrada, o contraditório no processo não passou de uma encenação, a sociedade, em especial os operadores jurídicos, identificam a fragilidade do precedente formado e vislumbram as lacunas argumentativas que, uma vez adotadas, podem levar à revogação do precedente. A expressa consideração e rejeição fundamentada dos argumentos contrários impede o surgimento de lacuna argumentativa que poderia servir, futuramente, de ataque ao precedente. Este, portanto, nasce fortalecido.

---

<sup>391</sup> “Se o direito deixa de ser um problema que deve encontrar solução através do diálogo, cujo objetivo central é a busca do consenso, e passa a ser entendido como um objeto que os juristas têm de conhecer para encontrar a verdade, apouca-se o papel da dialética, das opiniões das partes a respeito da *res in iudicium deducta*, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, pensado solitariamente, na medida em que a razão, segundo os cânones científicos da época, pode guiar individualmente os homens, sendo esse um valor completo em si mesmo, pensado como indivíduo”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração...**, p. 98) Conferir, ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier: “O Direito indubitavelmente lida muito mais frequentemente com a ‘verdade construída’. Não lidamos com verdades *reveladas* (religiosas) nem *descobertas* (científicas), mas com verdades que são fruto quase que de um *consenso*”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial...**, p. 40)

<sup>392</sup> “Se è vero che il giudizio è un *actus trium personarum* che si svolge nel dialogo fra le parti e il giudice, risulta senz’altro condivisibile, se non addirittura necessaria, l’idea secondo la quale deve ritenersi vietata qualsiasi forma di ‘solipsismo processuale’ del magistrato”. (GRADI, Marco, *op. cit.*, p. 826)

Permitir que as partes – e, por extensão, o Ministério Público e o *amicus curiae* – influenciem efetivamente a decisão judicial, tendo seus argumentos considerados, legitima a criação do Direito pelos tribunais superiores, permitindo a participação popular – diretamente, pelas partes, indiretamente, pela participação do Ministério Público e do *amicus curiae* – na atividade decisória estatal.<sup>393</sup> Conforme lição de Antonio do Passo Cabral, a atividade decisória constitui-se em manifestação por excelência da *supremas potestas* do Estado, atividade decisória que não se encontra apenas na decisão do legislador ou do administrador, mas também no processo judicial.<sup>394</sup>

#### 5.1.4 Decisão judicial dos tribunais superiores e precedente obrigatório

Nem toda decisão judicial proferida pelos tribunais superiores constitui-se em precedente judicial. Ainda que respeitadas as garantias processuais constitucionais, superando a questão da legitimidade democrática, nem toda decisão judicial proferida pelos tribunais superiores assume a condição de precedente obrigatório.

Assim, para que a decisão do tribunal superior constitua-se em precedente judicial obrigatório, é necessário, em primeiro lugar, que a decisão proferida decida sobre a aplicação de texto normativo objeto de controvérsia.<sup>395</sup> Como afirmamos anteriormente, a *ratio decidendi* de uma decisão judicial que se constitui em

<sup>393</sup> No dizer de Sandro Kozikoski, “quanto mais amplo o círculo das pessoas afetadas, maiores deverão ser as possibilidades participativas”. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 151)

<sup>394</sup> A atividade decisória pode ser considerada a manifestação por excelência da *suprema potestas* estatal. O Estado formula decisões quando produz normas de comportamento e as aplica; decide não somente quando legisla, mas também no processo político, administrativo e judicial (e neste, não apenas no processo cognitivo). (CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 267) “Portanto, no instante em que as aspirações se voltam para a consolidação de uma democracia participativa, pode-se dizer que o princípio da *colaboração* servirá para aumentar o coeficiente de legitimidade das decisões do STF. E, dessa forma, num ambiente formatado para a discussão qualificada, no qual, presumivelmente, os melhores argumentos passam a vir à tona, o efeito vinculante das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal pode colaborar para afastar a multifacetária situação dos processos subjetivos. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo, *op. cit.*, p. 290)

<sup>395</sup> Cf., nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior: “não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que *apenas* refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa”. (ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 329)

precedente obrigatório constitui-se somente nas decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de escolha de consequências legais proferidas pelos tribunais superiores, necessárias ou suficientes para se alcançar a decisão final, identificadas e compreendidas à luz do caso concreto decidido. Em outras palavras, a *ratio decidendi* de uma decisão que se constitui em precedente judicial somente é caracterizada como tal enquanto “decisão” tomada pelo tribunal superior. De forma que nem tudo aquilo que é afirmado pelo tribunal superior constitui-se em *ratio decidendi* de um precedente judicial, mas apenas aquilo que é decidido.

Não se constituirá em precedente judicial a decisão proferida pelo tribunal superior que apenas citar decisões anteriores, sem nada acrescentar normativamente àquilo que já havia sido decidido.<sup>396</sup> Retome-se, portanto, a concepção de que a *ratio decidendi* constitui-se em decisão: quando nada for decidido, i. e., quando houver apenas aplicação do texto normativo que não tenha havido controvérsia quanto à sua validade, eficácia, interpretação ou consequência jurídica, ou quando houver apenas aplicação do precedente judicial, sem que nada lhe seja acrescentado em termos normativos (como ocorre, v. g., com a formação paulatina da *ratio decidendi*<sup>397</sup>), a decisão não se constituirá em precedente judicial obrigatório.

Em segundo lugar, a decisão tomada pelo tribunal superior deve ser necessária para a solução do litígio. A expressão necessária, aqui, indica que a decisão é o fundamento ou um dos fundamentos da decisão final, i. e., é aquela utilizada para a resolução do caso concreto: somente a decisão tomada à luz do caso litigioso, compreendida como solução deste, entendida dentro deste contexto, é que pode ser considerada *ratio decidendi*, apta a ser utilizada para a solução de casos materialmente semelhantes.

---

<sup>396</sup> “[...] a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual. Dito de outra forma, apenas será precedente a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros. Não será precedente a decisão que simplesmente aplicar um caso-precedente já existente, ou a decisão que não tiver conteúdo de enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável. Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros”. (ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 329)

<sup>397</sup> A formação paulatina da *ratio* ocorre com a “necessidade de novos significados e não da necessidade de esclarecimento, mediante o qual pode haver redução ou ampliação do significado. [...] Não há acréscimo ou redução em virtude da necessidade de esclarecer, mas da imperiosidade de complementar”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes**..., p. 250)

Nos casos de controle abstrato de validade da norma jurídica, ou mesmo no controle incidental, quando a validade da norma jurídica independe da análise do caso concreto (objetivação do controle de validade), as decisões parciais somente se constituirão em *ratio decidendi* quando necessárias para se atingir a decisão de validade ou de invalidade da norma jurídica.

Parte-se da premissa de que a autoridade do precedente judicial deriva da missão constitucional conferida aos tribunais superiores, constituindo-se em fonte do Direito brasileiro mediante a adoção de uma prática jurídica que reconhece o precedente judicial dotado de força de lei (*force of law*). Somente quando o precedente é criado a partir de / para a solução de um caso litigioso concreto é que se legitima constitucionalmente a atuação do Judiciário na criação de normas jurídicas. Sua atuação no sentido de criar normas jurídicas gerais, abstratas, desvinculadas de um caso concreto (como ocorre, por exemplo, com os enunciados das súmulas vinculantes e com a utilização das ementas de acórdão inseridas em um processo dedutivo-subsuntivo) constituiria em ofensa aos princípios democrático e da separação de poderes.

Em terceiro lugar, somente se constitui em precedente judicial a decisão da Suprema Corte que enunciar, mediante decisão de validade, eficácia, interpretação ou consequência jurídica, uma norma jurídica que puder ser universalizada, i. e., que puder ser aplicada aos demais fatos dotados de igualdade jurídica, de similitude fática que autoriza a aplicação da norma jurídica firmada no precedente judicial. O precedente judicial deve enunciar uma norma jurídica de caráter tendencialmente universal, aplicável aos demais casos idênticos ou juridicamente iguais. É esta característica que garante a uniformidade e igualdade de tratamento que fundamenta o emprego do precedente.<sup>398</sup>

Desta forma, o respeito à *ratio decidendi* depende da “*universalização das razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso”.<sup>399</sup> A universabilidade da *ratio decidendi* do precedente judicial é, portanto,

---

<sup>398</sup> Cf. Michelle Taruffo, sobre a característica da universabilidade do precedente: “[...] il precedente opera come tale in quanto da esso possa trarsi una regola di carattere tendenzialmente generale, *in quanto tale* applicabile a tutti gli altri casi identici o analoghi. A questo carattere si riconnettono infatti i valori di uniformità e uguaglianza di trattamento che trovano attuazione nell’impiego del precedente”. (TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio...*, p. 33)

<sup>399</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores...**, p. 214.

intrinsecamente conexa com sua função normativa, ou seja, o fato de que o precedente fornece a norma jurídica que deve ser aplicada no caso sucessivo.<sup>400</sup> Seu sentido é conexo com o de replicabilidade (*replicability*): “a justificação [do precedente judicial] tem que ter condições de ser *replicável* para os casos futuros idênticos ou semelhantes, isto é, tem de ser idônea para servir como *precedente*. Sem replicabilidade (*replicability*) da justificação, não há *objetividade* e *imparcialidade* na interpretação”.<sup>401</sup>

Um precedente judicial, para se constituir em padrão para resolver casos futuros, deve conter “uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos *sempre* que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica”.<sup>402</sup>

Em quarto lugar, a decisão judicial do tribunal superior deve enunciar o conjunto dos fatos considerados materiais – ainda que não os qualifique, expressamente, como materiais – de forma a permitir o necessário cotejo fático com o litígio que se pretende solucionar com a aplicação do precedente judicial. A descrição dos fatos não necessita ser extremamente particularista, na medida em que a descrição dos fatos materiais deve ser feita de tal forma que seja possível generalizá-los e universalizá-los para fins de se determinar o âmbito de aplicação do precedente judicial.<sup>403</sup> A descrição dos fatos deve, portanto, ser detalhado suficientemente de forma a tornar possível aos destinatários do precedente interpretá-lo de acordo com o contexto fático para o qual foi firmado.<sup>404</sup>

Para que uma decisão do tribunal superior constitua-se em precedente judicial dotado de autoridade, portanto, é necessário que haja decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de consequências jurídicas, necessárias para o

---

<sup>400</sup> “Sembra d'altronde evidente che la universalizzabilità del precedente sia intrinsecamente connessa alla sua funzione precettiva o normativa, ossia al fatto che esso fornisce che deve essere seguito nel caso successivo”. (TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio...*, p. 35)

<sup>401</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores...**, p. 85-86.

<sup>402</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 113.

<sup>403</sup> V. item 2.5, *supra*. “[...] the reasoning starts from a detailed discussion of the facts of the instant case. This does not mean, however, that the reasoning is particularistic since the particular facts become generalized and universalized to enter the arena of legal reasoning which operates on both levels. The UK style is formalistic but not excessively so”. (BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey, *op. cit.*, p. 319)

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 322.



julgamento do litígio ou da controvérsia objetiva / abstrata de validade, cuja norma jurídica seja caracterizada pela universabilidade e replicabilidade, e cujos fatos materiais possam ser suficientemente compreendidos extraídos do relatório e da fundamentação da decisão.

## 5.2 A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL MEDIANTE NOVA DECISÃO

Cármem Lúcia, antes de ser nomeada Ministra do Supremo Tribunal Federal, em artigo no qual atacava veementemente a constitucionalidade da proposta de instituição das súmulas vinculantes, afirmou: “Julgar impõe decidir”.<sup>405</sup> Afirmava que a súmula vinculante impediria a decisão do magistrado, que não poderia mais decidir porque a matéria teria sido previamente decidida pelo tribunal superior e contra aquela decisão não poderia atuar.<sup>406</sup>

A crítica apresentada, à época, contra a criação da súmula vinculante poderia ser dirigida contra a adoção de uma sistemática de respeito a precedentes obrigatórios. Mas assim não nos parece.

Em primeiro lugar, porque um sistema de súmulas vinculantes é muito diferente de um sistema de respeito a precedentes judiciais obrigatórios. Aplicar o entendimento exposto em uma súmula vinculante não é o mesmo que aplicar um precedente judicial. Nem mesmo se pode considerar a súmula vinculante como um precedente judicial, uma vez que seu enunciado está desvinculado dos fatos materiais da causa e a partir do qual o precedente deve ser analisado. O enunciado da súmula, vinculante ou não, não se constitui em precedente judicial.

Em segundo lugar, porque aplicar um precedente judicial obrigatório não é um ato mecânico, de retorno ao silogismo positivista em que a norma contida na lei é substituída pela norma contida no precedente. A decisão que aplica um precedente judicial depende também de julgamento, isto é, de uma nova decisão que implica análise, valoração, escolha e argumentação.

---

<sup>405</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 34, nº 133, jan./mar. 1997, p. 60.

<sup>406</sup> Idem.

É necessário que o juiz decida sobre a aplicação da norma jurídica firmada no precedente judicial, demonstrando como a norma jurídica é a norma adequada a solucionar o litígio. Cabe ao julgador promover o cotejo da similitude fática entre o caso-precedente e o caso sob julgamento; para tanto, deverá o julgador contrapor a norma fixada no precedente judicial com as particularidades do litígio que se pretende julgar. Essa aplicação não é mecânica (como vem acontecendo, v. g., com a fundamentação de sentenças mediante simples referência a ementas de acórdãos proferidos em sede de julgamento de recursos repetitivos e enunciados de súmulas vinculantes), mas ao contrário, é necessária nova decisão judicial que demonstre a adequabilidade de se julgar o litígio mediante “importação” da norma fixada no precedente judicial.<sup>407</sup>

A norma jurídica fixada no precedente judicial, ao ser utilizada como fundamento da nova decisão, deve ser recontextualizada frente ao novo contexto fático, jurídico e argumentativo ao qual se pretende aplicá-la, devendo o julgador determinar seu valor em relação às demais normas e argumentados trazidos pelos envolvidos no novo litígio.<sup>408</sup>

Respeito a precedentes obrigatórios não impede a atividade de decisão do juiz, mas: a) restringe os limites que sua decisão pode alcançar; b) aumenta o ônus argumentativo quando o juiz decide que o caso sob julgamento é materialmente diferente daquele que deu origem ao precedente; c) aumenta o ônus argumentativo quando o juiz se afasta do precedente quando entender que há questões jurídicas novas não apreciadas na decisão que gerou o precedente; d) limita a possibilidade de discricionariedade judicial.

A aplicação do precedente judicial demanda decisão acerca da abrangência dos termos classificatórios utilizados pelo precedente invocado sobre os fatos do

---

<sup>407</sup> “Mister salientar que a norma não é uma coisa em si que existe fora da problematização; para produzirmos a norma, precisamos contrapô-la às particularidades do conflito jurídico subjacente. É um equívoco do positivismo legalista considerar que seria possível, em razão do efeito *erga omnes* de uma decisão, solucionar mecanicamente diversos casos por silogismo. Acreditar nessa falácia permitiria, então, substituir o juiz por um autômato na aplicação do direito. Destarte, a sentença com efeito vinculante e *erga omnes*, quando é aplicada em casos futuros, constitui textos a serem interpretados na produção da norma dos casos concretos sujeitos ao efeito vinculante; o que não se pode considerar é que a norma materializada no dispositivo de uma sentença com efeito *erga omnes* possa ser mecanicamente aplicada em casos futuros, como se sua importação fosse possível, uma vez que ela deve ser concretizada em cada caso jurídico quando exposta a outra oposicionalidade”. (ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 86-87)

<sup>408</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 306.

caso julgado que se pretendem por aquele precedente ser regulado.<sup>409</sup> Como visto anteriormente (item 2.5 *supra*), quanto maior a abrangência do termo classificatório utilizado pelo precedente judicial, maior será o número de casos futuros que poderão ser julgados com base no precedente; por outro lado, quanto menor sua abrangência, menor o número de casos a serem regulados pelo precedente. Ao decidir com base em precedentes judiciais, cabe ao julgador interpretá-lo,<sup>410</sup> determinando a maior ou menor extensão de aplicação do precedente a partir da análise dos termos classificatórios utilizados.

A análise da similitude fática entre os casos – aquele que gerou o precedente e aquele ao qual se pretende aplicá-lo – depende de decisão do julgador, ainda que esta análise de similitude fática se dê por intermédio de interpretação analógica.

Pela interpretação analógica – explica Guastini - aplica-se uma norma a um suposto fato não contemplado por ela, mas semelhante ao previsto por ela. A semelhança entre dois conjuntos fáticos é uma questão de decisão. Pode-se entender que os conjuntos fáticos em questão não são absolutamente semelhantes ou que a semelhança entre eles é irrelevante ou não essencial e que, portanto, a aplicação analógica não está justificada. A semelhança entre os supostos fatos não é algo que se possa afirmar apoditicamente: o argumento analógico deve completar-se aduzindo-se outras razões independentes em favor da semelhança entre os supostos fatos. É preciso argumentar que o elemento comum aos conjuntos fáticos (o que os faz semelhantes) constitui, ademais, a “razão suficiente” pela qual ao conjunto fático disciplinado se há atribuído precisamente esta, e não outra, consequência jurídica.<sup>411</sup>

---

<sup>409</sup> Como afirmou Edward Re, “os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior”. (RE, Edward Dominic, *op. cit.*, p. 283)

<sup>410</sup> “Os textos jurídicos, trate-se de leis ou de precedentes judiciais, são habitualmente suscetíveis de interpretações variadas, seja extensivas, por via de analogia, por exemplo, seja restritivas, mercê das distinções que o intérprete poderia neles introduzir. As diversas interpretações favorecem um ou outro interesse, um ou outro valor, que estão em conflito em cada caso específico. A interpretação escolhida, ao restringir ou ampliar o campo de aplicação da norma, se pronunciará em favor de um dos valores contrapostos”. (PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 453)

<sup>411</sup> GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 57; 61.

Ao decidir, o juiz deve qualificar os fatos considerados provados: essa qualificação pode ser positiva, se os fatos provados se enquadram no termo classificatório utilizado pelo precedente, ou negativa, se os fatos provados não se enquadram no termo classificatório referencial. A qualificação, afirma Perelman, tanto a positiva quanto a negativa, “estabelece uma relação entre um conceito e um elemento do qual se afirma que faz ou não faz parte da extensão desse conceito”.<sup>412</sup> Essa qualificação dos fatos enseja, pois, nova decisão que reclama justificação adequada.

Mesmo quando o julgador aplica o precedente judicial, há uma nova decisão no que respeita à similitude fática entre os casos, mas, também, no sentido de afastar os argumentos contrários da parte que não pretende ver aplicado o precedente judicial.<sup>413</sup>

Com efeito, a existência do precedente judicial não pode servir como argumentação suficiente a justificar uma decisão pelo julgador. A simples invocação do precedente judicial não é suficiente para afastar os argumentos deduzidos pela parte contrária à sua aplicação. O precedente judicial deve ser utilizado pelo julgador dentro de um contexto argumentativo-decisório em que atua como fundamento de uma nova decisão.<sup>414</sup>

Uma decisão não pode ser simplesmente fundamentada pela invocação do precedente judicial: deve, ao contrário, ser trazido à luz dentro de uma prática argumentativa em que o julgador leva em consideração seriamente as razões apresentadas em sentido contrário, demonstra racionalmente os motivos pelos quais a aplicação do precedente judicial funda-se na similitude fática entre os casos, desincumbindo-se devidamente de seu ônus argumentativo que, mediante a aplicação do precedente judicial, é facilitado, mas não eliminado.

---

<sup>412</sup> PERELMAN, Chain, *op. cit.*, p. 577.

<sup>413</sup> “The whole business of legal argumentation in respect of *stare decisis* is to show what must be followed and what does not count as precedent”. (BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey, *op. cit.*, p. 323) “Na decisão há que se justificar os critérios que levaram à assimilação ou não dos fatos e, mais ainda, à adoção ou não das razões do precedente para a solução da situação fática sob análise”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ...**, p. 200)

<sup>414</sup> “A apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte”. E arremata: “a *apreciação* não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 61)

A utilização do precedente judicial como fundamento da decisão não exime o magistrado do dever de fundamentar: é claro que a argumentação é facilitada (precedente judicial com atalho argumentativo, ou *short-cuts*, na doutrina inglesa), mas não é excluída. O juiz, no dizer de Mauro Cappelletti, não está totalmente vinculado pelo precedente nem pelas normas legislativas: ao fundamentar sua decisão, o juiz deve apoiar sua decisão no precedente judicial ou na norma legislativa.<sup>415</sup>

O precedente judicial não pode ser visto como um *prêt-à-porter* argumentativo, como “razões prontas” contra o qual não se pode argumentar, sobre o qual não se pode discutir democraticamente como se estivesse revestido pelos predicados de verdade e certeza. Como visto anteriormente, o enunciado objeto da atividade interpretativa não possui referência de verdade ou falsidade. Ele está sujeito a novas práticas argumentativas, ainda que o julgador de primeira instância não tenha possibilidades de superá-lo.

Enfim, o precedente judicial não pode ser visto como julgamento antecipado da causa, com destino previamente definido: ele deve ser reinserido dentro da prática argumentativa judicial. Na Inglaterra, afirma Neil Andrews, o raciocínio jurídico exposto nas decisões judiciais, principalmente nas decisões dos tribunais superiores, “é escrupulosamente exauriente”, envolvendo o “exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido”.<sup>416</sup> Não há, assim, uma mera aplicação automática, uma simples indicação de um precedente que simplesmente se aplica automaticamente.

Somente assim é que se dará concretude às garantias do contraditório, da ampla defesa e do dever de fundamentação das decisões judiciais, enfim, o direito de ser (efetiva e seriamente) ouvido e ter suas razões consideradas, como dever de debate do julgador.<sup>417</sup>

É certo que a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais obrigatórios encerra uma questão econômica: a existência de precedentes judiciais facilita o trabalho dos julgadores futuros, na medida em que não precisam rediscutir

---

<sup>415</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 25.

<sup>416</sup> ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 105.

<sup>417</sup> Cf. Daniel Mitidiero: “o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne às razões constantes de seus arrazoados”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração**..., p. 155)

novamente questões que já se encontram decididas. Esse argumento econômico em favor dos precedentes judiciais obrigatórios é frequentemente utilizado na doutrina da *common law*.<sup>418</sup>

Todavia, não é necessário reconsiderar todas as questões debatidas e decididas pelos tribunais superiores quando da fixação do precedente, mas de demonstrar à parte que seus argumentos são afastados devido e mediante a aplicação de um precedente judicial firmado sobre fatos materialmente semelhantes aos que estão sob julgamento. Ainda que o resultado não possa ser diferente, a demonstração é necessária, pois é um direito subjetivo do jurisdicionado receber essa demonstração e poder exercer o controle intersubjetivo sobre a correta aplicação do precedente judicial.<sup>419</sup>

### 5.2.1 A decisão judicial fundamentada em ementa de acórdão

Vimos anteriormente que da análise dos enunciados das súmulas (vinculantes ou persuasivas) não é possível identificar a facticidade que deu origem às decisões alcançadas pela Suprema Corte, não sendo possível, portanto, promover o devido cotejo entre a similitude ou dessemelhança fática entre o caso sob julgamento e o caso cujo julgamento deu origem ao enunciado da súmula. Afirmamos, portanto, que as súmulas (ou melhor, seus enunciados), não se constituem em precedentes judiciais, pois estes somente podem ser identificados e compreendidos à luz dos fatos da causa cujo julgamento deram origem ao precedente. A não ser assim, o

<sup>418</sup> “Posso acrescentar que o trabalho dos juízes aumentaria de maneira quase comprometedora se toda decisão passada pudesse ser reaberta em cada causa e não se pudesse assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes”. (CARDOZO, Benjamin N., *op. cit.*, p. 110-111)

<sup>419</sup> “É muito frequente, hoje em dia, a hipótese de controvérsias judiciárias sobre problemas de tal importância social, tão expostas ao severo juízo crítico da coletividade, que não podem e nem parecem possam ser resolvidas mediante sutis exercícios de semântica ou hábeis jogos de especulação abstrata. Bastante amiúde as escolhas do juiz tornaram-se evidentes não apenas para o experto, mas também para o homem do povo. Justamente para impedir a pura subjetividade, essas escolhas não devem ser ocultadas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se-as assim mais responsáveis e também mais democráticas. Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador”. (CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 132)

enunciado da súmula exerceria função idêntica ao do texto legislativo, assumindo características de generalidade e abstração.

O mesmo pode ser afirmado acerca da prática jurídica brasileira pela qual advogados elaboram suas petições colacionando as ementas de acórdãos como se colacionam textos de lei. A mesma prática pode ser encontrada na fundamentação de decisões judiciais em todas as instâncias (inclusive nos Tribunais Superiores): ementas de acórdãos exercendo a função de fundamentação da decisão judicial.<sup>420</sup>

Michele Taruffo faz observação semelhante quanto à prática jurídica italiana. Alerta o professor italiano que esse *modus operandi* é profundamente radicado no hábito jurídico italiano, que não se reporta aos fatos nem mesmo quando possui o inteiro teor da decisão, e não somente o enunciado da ementa. Em geral, quando o texto é publicado em uma revista, os fatos são omitidos. Quando é publicado o texto integral da decisão, em geral os fatos são expostos de forma sintética na parte “narrativa” da decisão. Ao se estudar a decisão, procura-se descobrir qual é o princípio de direito aplicado, procurando pela regra jurídica abstrata a ser aplicada ao caso sucessivo, não a individualização da *fattispecie* concreta que é objeto da decisão. No sistema italiano, afirma Taruffo, não é raro que os enunciados das ementas dos acórdãos contenham *obiter dicta*, uma vez que quem formula o enunciado da ementa frequentemente extrai do texto do acórdão qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa é a base efetiva da decisão.<sup>421</sup> As observações feitas por Taruffo quanto à prática jurídica italiana parece-nos integralmente compatível com a prática jurídica brasileira.

Esta prática deve ser combatida porque não se harmoniza com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios que se pretenda constitucional. Com efeito, a exigência de fundamentação das decisões judiciais foi alçada à categoria de exigência constitucional (CF, art. 93, IX). É, portanto, requisito constitucional de validade das decisões judiciais. Não se cumpre com o requisito constitucional de

---

<sup>420</sup> Jan Komárek denomina essa prática de *cut-and-paste approach*, pelo qual as fundamentações das decisões judiciais são “copiadas e coladas” sem que se faça qualquer referência ao contexto em que foram decididas, e afirma que é muito comum sua utilização pela *European Court of Justice (ECJ)*: “The cut-and-paste approach to reasoning with previous decisions, whereby the ECJ reproduces whole passages of previous judgments without mentioning their context, is dominant”. (KOMÁREK, Jan, *op. cit.*, p. 8)

<sup>421</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza..., p. 799; 801.

fundamentação das decisões judiciais mediante sua substituição por ementas de acórdãos proferidos anteriormente, seja pelo mesmo ou por outros tribunais.

Não se pode afirmar, ainda, que a ementa do acórdão constituir-se-ia na *ratio decidendi* identificada pelo próprio tribunal superior prolator da decisão. Não raramente, encontram-se nas ementas do acórdão transcrições de textos doutrinários, textos de lei, ementas de outros acórdãos e até mesmo *obiter dictum* expressamente reconhecido como tal. É o que se verifica, v. g., na ementa do acórdão proferido no Recurso Especial nº 957.836/SP, decidido sob o regime do julgamento por amostragem (tema nº 393).<sup>422</sup>

Vimos que, para que o precedente judicial obrigatório respeite os princípios democrático e da separação de poderes, sua origem deve se dar a partir da necessidade de julgamento de um litígio, o que justifica a atuação do Poder Judiciário na (re)criação da norma jurídica que não somente irá regular o caso concreto, mas também servirá de pauta de conduta à sociedade e critério de julgamento para os casos futuros, servindo portanto como parâmetro de igualdade perante a lei.

A autoridade do precedente judicial somente se impõe ao caso futuro na medida em que seja possível estabelecer a semelhante fática entre os litígios: há identidade material entre os casos que justifique sejam julgados da mesma forma, dando-se cumprimento ao direito da igualdade de todos perante a lei, corolário do Estado Democrático de Direito.

O estabelecimento da similitude fática entre o caso cujo julgamento deu origem ao precedente judicial e o caso sob julgamento é, portanto, etapa

<sup>422</sup> “[...] 4. O art. 187 do CTN dispõe que, verbis: ‘Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela LC n.º 118, de 2005) Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata; III - Municípios, conjuntamente e pró rata’. [...] 7. O Pretório Excelso, **não obstante a título de obiter dictum**, proclamou, em face do advento da Constituição Federal de 1988, a subsistência da Súmula 563 do STF: ‘O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal’, em aresto assim ementado: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONCURSO DE PREFERÊNCIA. ARTIGO 187 CTN. 1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre o tema constitucional tido por violado. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 957.836/SP, relator Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 13/10/2010, publicado no DJe em 26/10/2010) (grifamos)



indispensável para a aplicação do precedente judicial. Não é possível pretender a aplicação de um precedente judicial a um novo caso sem que haja a demonstração da similitude fática entre o caso anterior e o caso sob julgamento.

Nessa esteira, verifica-se que a mera apresentação da ementa do acórdão identificado como precedente judicial (prática corriqueira na advocacia e no Judiciário brasileiros) não é suficiente para uma aplicação do precedente judicial que se compatibilize com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

A análise da ementa do acórdão – assim como do enunciado da súmula – está desconectada da facticidade que lhe deu origem: não é possível estabelecer os fatos materiais considerados pelo julgador que estabeleceu o precedente judicial de forma a permitir o cotejo das semelhanças fáticas entre os casos.

Assim como se faz com os enunciados das súmulas, as ementas dos acórdãos são tratados como enunciados gerais, abstratos e impessoais, como o texto legislativo. O precedente judicial transforma-se – indevidamente – em texto abstrato, aplicado por um simples raciocínio dedutivo: como o texto legislativo, a ementa do acórdão está à espera dos fatos aos quais se pretende regular pela atividade silogística. Estes fatos a serem regulados deveriam ser materialmente iguais àqueles que deram origem ao acórdão representado pela ementa. Mas não é possível garantir que isso aconteça na atual prática jurídica brasileira: com a autonomização dos fatos litigiosos para o qual foi criado, o precedente judicial, indevidamente identificado como a ementa do julgamento fica à disposição de *todo e qualquer fato* que possa, mediante um silogismo, se “enquadrar” no enunciado abstrato da ementa. O cotejo da semelhança fática é substituído pelo conhecido silogismo dedutivista, em cujo enunciado da ementa fatos juridicamente diferentes daqueles que deram origem ao precedente podem ser “enquadrados”. A facticidade que identifica o âmbito de aplicação do precedente judicial perde-se na abstração do enunciado da ementa que atua como texto geral, abstrato e impessoal. Atua, portanto, como texto legislativo. Retoma-se, assim, a indevida pretensão do Judiciário em atuar como criador de normas jurídicas abstratas e gerais, o que, como fizemos alhures, consideramos usurpação da competência constitucional legislativa.

Nesse sentido, Dworkin tece importantes considerações sobre o estilo judicial inglês e norte-americano existente entre os séculos XIX e XX:

É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que partes de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todo caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa.<sup>423</sup>

Como se não bastasse, é possível encontrar acórdãos cuja fundamentação, quase em sua totalidade, constitui-se de uma mera listagem de ementas de acórdãos proferidos pelo tribunal ou por outros tribunais, como se isso fosse suficiente para a demonstração dos argumentos judiciais que justificam a decisão. Nestes casos, há um reenvio à fundamentação daqueles acórdãos cujas ementas selecionadas foram colacionadas na decisão e, não raras vezes, ao se consultar a fundamentação daqueles acórdãos, verifica-se que também foram fundamentados mediante listagem de outras ementas, ocorrendo um novo reenvio a novas fundamentações de acórdãos outros. Não raramente, verifica-se que os litígios que deram origem a tantos acórdãos e a tantas ementas apresentadas com autoridade suficiente a substituírem a fundamentação constitucionalmente exigida sequer apresentam semelhança fática que justificasse tratamento idêntico.

A questão não passou despercebida pela doutrina estrangeira. Jan Komárek, ao analisar a diferença de tratamento dada pela tradição do *common law* e do *civil law* às decisões judiciais pretéritas, afirma que na Itália a utilização de ementas (*headnote* – literalmente “cabeçalho”) é muito comum, inclusive havendo fundamentação judicial focada exclusivamente no texto das ementas sem que seja apresentado o contexto fático que levou à decisão. Este fenômeno é conhecido por *headnote positivism*, e decorre do fato de que, em geral, os tribunais dos países da *civil law* adotam o modelo legislativo de decisão, no qual não é concedida maior ênfase ao conjunto fático. Komárek defende a utilização das ementas, na medida em que elas tornam o procedimento de fundamentação das decisões judiciais mais eficiente: as ementas resumem os casos e as razões principais que levaram à decisão final. A confiança nas ementas seria um movimento natural dos juristas, uma vez que analisar cada caso em detalhes tornaria o sistema de precedentes judiciais inoperável. Entretanto, nos Estados Unidos e nos demais países que

---

<sup>423</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...**, 172-173.

herdaram a tradição do *common law*, as ementas são apresentadas junto a um *case-report*, justamente para possibilitar ao jurista a identificação da contextualização do precedente judicial, permitindo a correta identificação / interpretação do precedente judicial. Manejar as ementas dos acórdãos separadas do contexto fático é próprio do modelo legislativo (*legislative model*), muito comum nos países da *civil law*. Quando se opera nos padrões do modelo vinculado a casos (*case-bound model*), as ementas dos acórdãos são insuficientes, salvo se contiverem o contexto fático a partir do qual as decisões foram alcançadas. Mesmo nos Estados Unidos, afirma, é comum a prática de se apresentar as ementas dos acórdãos descontextualizadas.<sup>424</sup> Entretanto - e eis o ponto - não é possível contestar a norma jurídica contida no precedente judicial – apresentada sob a forma de ementa – sem que se adentre na análise do contexto fático. Somente a passagem do raciocínio jurídico do modelo legislativo para o raciocínio jurídico do modelo vinculado a casos é que é possível demonstrar a não aplicação do “precedente” afirmado por meio de ementas.<sup>425</sup>

A adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatório demanda, portanto, reformulação na forma de elaboração e utilização das ementas dos acórdãos, a fim de se promover a adequada contextualização do precedente judicial.

### 5.2.2 Julgamento por amostragem e decisões fundamentadas em ementas de acórdãos

A questão assume maiores relevos quando se constata que a fundamentação do acórdão proferido em sede de julgamento de recurso repetitivo também se vale dessa “técnica” de listagem de ementas (*cut-and-past approach*): ora, se se pretende que o julgamento por amostragem constitua em precedente judicial obrigatório, deve-se extrair a *ratio decidendi* de sua fundamentação. Ocorre que a análise da fundamentação daqueles acórdãos, muitas vezes, compõe-se de

---

<sup>424</sup> KOMÁREK, Jan, *op. cit.*, p. 11-13.

<sup>425</sup> “The legislative model will then be replaced by the case-bound model once the reasoner wants to contest the rule as formulated by the previous court (and summarized in the headnote)”. (Ibid., p. 12.)

referência a ementas de outros julgamentos da Corte Suprema: identificar a *ratio decidendi*, portanto, demandaria a análise da fundamentação de outros acórdãos, de modo que o julgamento por amostragem não daria origem a precedente judicial obrigatório.

A confusão ocorre porque, no julgamento dos recursos especial e extraordinário selecionados como representativos da controvérsia, reproduz-se a confusão entre precedente judicial obrigatório e jurisprudência consolidada, pacífica, reiterada. Há uma aparente necessidade de os tribunais superiores brasileiros, no julgamento pelo sistema de recursos repetitivos, demonstrar que está “criando” o precedente judicial mediante a definitiva consolidação da jurisprudência. Como vimos anteriormente, a utilização de expressões como jurisprudência consolidada, pacífica, consolidada, identifica-se com a concepção de que a norma jurídica deve ser encontrada, extraída do texto jurídico – porque lá já se encontra à espera dos fatos a serem regulados – e que os tribunais superiores finalmente a encontrou, descoberta que é “sancionada” pela reiteração de acórdãos no mesmo sentido que apõe o selo de veracidade na norma jurídica identificada (referência de verdade).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.112.743/BA, por exemplo, em que se discutia a aplicação do art. 406 do Código Civil, duas questões estavam em julgamento: se haveria violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo constituído anteriormente ao Código Civil de 2002 fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros de 1% ao mês a partir da lei nova; e, no caso de execução de diferenças de correção monetária do FGTS, se a taxa de juros a que se refere o art. 406 do novo CC é a SELIC ou a taxa de 1% prevista no art. 161, § 1º do CTN.<sup>426</sup>

Na fundamentação do acórdão, após breve referência à admissibilidade do Recurso Especial, à indicação das questões a serem decididas, nova referência aos fatos litigiosos e a indicação das quatro situações que, de acordo com as Turmas de Direito Público do STJ devem ser levados em consideração, decidiu o Ministro Relator nos seguintes termos:

---

<sup>426</sup> STJ, REsp 1112743/BA, Rel. Ministro Castro Meira, 1ª Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009.

Assim, tendo sido a sentença exequenda prolatada anteriormente ao Novo Código Civil e fixado juros de 6% ao ano, correto o entendimento do Tribunal de origem ao determinar a incidência de juros de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2003 e, a partir de então, da taxa a que alude o art. 406 do Novo CC, conclusão que não caracteriza qualquer violação à coisa julgada. Nesses termos, citam-se os seguintes precedentes de ambas as Turmas:

Colacionou-se, em seguida, três ementas de acórdãos anteriores proferidos pelo STJ.

A fundamentação ao acórdão continua nos seguintes termos:

Ademais, o pagamento de juros moratórios é obrigação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, devendo incidir a taxa prevista na lei vigente à época de seu vencimento, a menos que o título exequendo seja posterior ao novo regramento e estabeleça índice diverso. É o que se observa dos seguintes precedentes, *verbis*:

Nova ementa é colacionada e a fundamentação continua:

No caso, o título exequendo é anterior e fixou juros de 6% ao ano, com base no art. 1062 do Código Civil de 1916. Como a obrigação de pagar juros é de trato sucessivo, deve ser aplicada a nova legislação de regência, especificamente o art. 406 do Novo CC, segundo o qual "quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

Nesse ponto está correto o acórdão recorrido, nada havendo a reformar.

Resta saber se o índice a que se refere o art. 406 do Novo CC é a Taxa SELIC ou 1% ao mês, como determina o art. 161, § 1º, do CTN. Esta é exatamente a segunda questão a ser decidida neste apelo.

No julgamento do REsp 1.102.552/CE, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da resolução STJ n.º 08/2008, ficou assentado na 1ª Seção que, por ausência de norma específica, a CEF está sujeita à taxa legal prevista no Código Civil no cálculo dos juros moratórios devidos na correção das contas vinculadas do FGTS, que atualmente é a taxa SELIC.

Confira-se a ementa do acórdão:

E mais uma ementa de acórdão é colacionada.

Da análise da fundamentação do acórdão é possível identificar a *ratio decidendi*, isto é, as decisões parciais necessárias para se alcançar o julgamento, identificados e compreendidos à luz dos fatos que foram narrados no relatório do acórdão.

Mas percebe-se que a fundamentação é insuficiente para que se promova o controle intersubjetivo da correção das razões que levaram os ministros a julgarem da forma como julgaram. Perceba-se, com relação à segunda questão julgada, que a única fundamentação apresentada é a referência ao julgamento do REsp.

1.102.552/CE. Neste julgamento, entretanto, é feita referência a outros 9 (nove) julgamentos, transcrevendo-se as ementas de dois deles e apenas indicando-se o número dos outros 7 (sete).<sup>427</sup> Ocorre, assim, um novo reenvio da fundamentação a outros julgamentos.

As decisões judiciais dos tribunais superiores que se pretendem dotadas de autoridade, que se pretendem ver reconhecidas como precedentes judiciais obrigatórios, devem vir acompanhadas de fundamentação suficiente, apta, completa, a demonstrar o raciocínio jurídico elaborado e adotado pelos julgadores, permitindo o controle intersubjetivo da decisão tomada. A simples referência a outros julgamentos, citando seus números de registro ou suas ementas, promove um indevido reenvio da fundamentação a outro *locus*, prejudicando a análise, a delimitação e a compreensão do precedente judicial.<sup>428</sup>

A questão torna-se ainda mais complicada quando se trata de julgamento de recurso repetitivo selecionado como representativo da controvérsia que se tornará parâmetro para diversas consequências, como o julgamento dos recursos sobrestados e a inadmissibilidade dos recursos interpostos futuros que pretendem rediscutir a mesma questão de direito.

### 5.2.3 Discussão de argumentos contrários ao precedente judicial: o Judiciário como locus da discussão jurídica democrática

---

<sup>427</sup> STJ, REsp. 1102552/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgado em 25/03/2009, DJe 06/04/2009.

<sup>428</sup> Rupert Cross e James Harris possuem preocupação semelhante no direito inglês e apontam dois perigos que podem derivar da aplicação do sistema de precedentes judiciais obrigatórios: o primeiro problema é a possibilidade de o precedente disfarçar o fato de que nenhuma razão foi realmente dada para fundamentar um determinado julgamento. Afirmam os Autores que decisões baseadas em meras afirmações de que tal ou qual decisão é conveniente não são substancialmente diferentes das decisões desprovidas de razões. Um julgamento não é melhor que uma decisão sem fundamento quando ela se refere a casos conflituosos e apenas afirma que alguns serão seguidos e outros não ou, quando possível, revogados sem nenhuma indicação do porquê tal rumo está sendo seguido. Esses julgamentos são excepcionais mas eles ocorrem mais frequentemente que muitos juristas ingleses admitiriam. O segundo perigo da doutrina do precedente é a probabilidade de que nem todos os casos relevantes sejam citados. O risco de omissão é menor atualmente devido à existência de sistemas computadorizados. Mas em compensação isso acarreta o perigo de citações excessivas de decisões que não adiciona nenhum princípio adicional. (CROSS, Rupert; HARRIS, James H, *op. cit.*, p. 207)

Como visto, não concordamos com a visão de que um precedente judicial pode se constituir em *ready-made reasons*: fundamentação pronta, a ser aplicado mecanicamente, reduzindo os custos econômicos, temporais e de recursos humanos. O precedente judicial é uma fonte do Direito, é um veículo reconhecidamente apropriado para expor uma norma jurídica. A norma jurídica veiculada pelo precedente judicial deve ser aplicada ao caso concreto mediante nova *decisão*.

Verificou-se, ainda, que o precedente judicial não é absolutamente imutável: a doutrina do *stare decisis* é estável, mas não inflexível. Admite-se, assim, mutações hermenêuticas decorrentes da mudança das concepções e influências jurídicas (inclusive da doutrina), sociais, filosóficas, econômicas, axiológicas etc. Ademais, o significado das palavras muda no decurso dos anos, de forma que uma interpretação razoável em um determinado momento pode ser inadequada em outro momento.<sup>429</sup> É admissível, portanto, o *overruling*, a superação do precedente judicial, alterando-se a norma jurídica fixada no precedente anterior por uma nova norma jurídica a regular casos idênticos.

Em geral, instâncias inferiores não podem realizar o *overruling* de precedentes judiciais fixados pelas cortes superiores na hierarquia judiciária. Mas isto não significa que argumentos contrários ao entendimento firmado pelo precedente judicial não possam ser deduzidos pelas partes, discutidos em juízo e considerados pelo juiz no momento da decisão.

O precedente judicial visa à estabilidade e coerência do Direito, e não à sua imutabilidade. O fundamento último da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais é garantir a coerência e unidade do Direito, garantindo o tratamento igualitário entre as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, e não a pretensa necessidade de garantir a economia de recursos, de “eliminar” processos, de “desafogar” o Judiciário. Estas últimas consequências benéficas podem, eventualmente, tornar-se realidade: mas não deve ser a razão para a adoção de precedentes judiciais obrigatórios, mas sim consequências bem-vindas, benévolas, que não podem ser obtidas à custa das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa. Relembre-se, aqui, a observação de José Carlos

---

<sup>429</sup> “[...] the meaning of words changes in the course of years, so that an interpretation reasonable enough at one time becomes quite unreasonable at another”. (BRUNCKEN, Ernest, *op. cit.*, p. 135)

Barbosa Moreira de que os países que adotam um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não se notabilizam pela celeridade processual.<sup>430</sup>

Dierle Nunes alerta que, devido ao grande número de ações que abarrotam o Poder Judiciário, o legislador vem adotando “técnicas de padronização decisória”, sob o fundamento de se proteger a confiança, a segurança jurídica, a isonomia, a legalidade e a duração razoável do processo. Entretanto, esses mecanismos vêm sendo adotados “embasado no marco exclusivo da eficiência quantitativa, *sem viabilizar uma padronização decisória uniformizadora* que teria o condão de estabilizar um quadro interpretativo”.<sup>431</sup>

Entendemos que a adoção de “técnicas de padronização decisória”, de uniformização de jurisprudência, de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não pode ter por finalidade principal a eliminação em massa de processos judiciais: a finalidade principal é a efetivação do Estado de Direito mediante redução das desigualdades da forma de aplicação da lei, da garantia de isonomia, da redução do solipsismo e do decisionismo judicial. Garante-se, com isso, a legitimidade de adoção daqueles institutos:

A opção adotada, em vez de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos), promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por poucos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que puderem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia.<sup>432</sup>

Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia bem retratou a diuturna “crise do Judiciário” como argumento para se solapar os direitos constitucionais previstos, mormente as garantias processuais:

---

<sup>430</sup> “No entanto, o que mais preocupa a esse propósito é a expectativa, que se está gerando, de grande aceleração no ritmo dos processos. Ao contrário do que supõem pessoas mal informadas, nenhum dos países que consagram o sistema dos precedentes vinculantes se distingue por uma notável rapidez na solução judicial das lides”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação...*, p. 208)

<sup>431</sup> NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 246.

<sup>432</sup> NUNES, Dierle, *op. cit.*, p. 246.



De resto, mister é que se enfatizem dois pontos que têm sido reiterados em nossa história: o primeiro é aquele que demonstra que sempre que cresce a cidadania ou estendem-se os direitos do cidadão (e o direito de se ter assegurado o acesso à Justiça é uma demonstração da vitalidade da cidadania) no Brasil, e sempre que isso acarreta uma maior efetividade da busca pelo direito, ampliando-se a necessidade de atuação responsável e eficaz do Estado, alega-se uma sobrecarga de serviços que o poder público não teria estrutura para assumir, pelo que se busca restringir esse exercício ao invés de se ampliarem as possibilidades de prestação do serviço jurisdicional pelo Estado. Esse tem sido um triste ponto repetido em nossa história: sempre que cresce a cidadania, e isso implica desempenho igualmente maior por parte do Estado, ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à “crise” provocada pelo aumento da demanda) diminuir o cidadão. Isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos.<sup>433</sup>

A aplicação democrática do sistema de respeito aos precedentes judiciais obrigatórios exige a manutenção do Poder Judiciário como *locus* aberto para contínua discussão das questões jurídicas: os posicionamentos contrários devem encontrar os caminhos abertos para serem conduzidos e devidamente ouvidos e considerados.

Alguém poderia dizer se tratar de perda de tempo e esforço a consideração de questões cuja solução já está previamente definida pelo precedente judicial. Não vemos assim.

O respeito às garantias processuais constitucionais é acompanhado de uma “demora fisiológica”, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, de forma que um processo garantístico é um processo menos célere:

Não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem, quando se trata de pessoas simpáticas à opinião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível [...].<sup>434</sup>

Os caminhos democráticos são traçados pela permanente possibilidade de manifestação e consideração dos diferentes segmentos da sociedade, das minorias

<sup>433</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 62.

<sup>434</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro..., p. 156.

e das maiorias, das diversas etnias e classes sociais. Da mesma forma aqueles cujos interesses foram preteridos na formação do precedente judicial devem continuar a ter uma via de manifestação judicial para fins de demonstrar que o entendimento firmado no precedente está equivocado ou que, com o passar do tempo, tornou-se inapropriado.

A democracia não é um resultado obtido: é um caminho trilhado continuamente. A possibilidade de deduzir seus argumentos em juízo (contrários ao precedente judicial) e de tê-los seriamente considerados e debatidos é a expressão processual daquele caminho democrático. É a efetivação prática das garantias do contraditório e da ampla defesa. Já dizia Washington de Barros Monteiro, mesmo tendo este autor considerado que os juízes não estão obrigados a seguir o entendimento da jurisprudência, que “é a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se”.<sup>435</sup>

Se o texto legislativo é alterado mediante discussão no Parlamento, a norma jurídica veiculada pelo precedente judicial é alterada mediante sua discussão no Judiciário. Furtar-se o Judiciário de decidir sobre os argumentos tecidos contra o precedente judicial impediria a evolução do Direito ou submeteria esta evolução à vontade e entendimento privados dos julgadores dos tribunais superiores.

A permanente discussão dos argumentos contrários ao precedente judicial pode, desta maneira, pavimentar o caminho para o *overruling*. É forma de expressão, de comunicação aos tribunais superiores de que a sociedade está insatisfeita com o precedente judicial firmado. Que ele não é mais adequado às necessidades e realidades da sociedade que se transformou. Nas palavras de Benjamin Cardozo, “quando uma norma, após ter sido devidamente testada pela experiência, revela-se incompatível com o senso de justiça ou com o bem-estar social, penso que deveria haver menos hesitação em admitir-se isso francamente e aboli-la por completo”.<sup>436</sup>

Mesmo os julgadores das instâncias inferiores podem demonstrar seu descontentamento com o precedente judicial, muito embora a ele vinculado. Pode demonstrá-lo na fundamentação da sua decisão. As chamadas *dissent* (ou

---

<sup>435</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 21.

<sup>436</sup> CARDOZO, Benjamin N., *op. cit.*, p. 111.

*dissenting) opinions*, fundamentos que representam o entendimento contrário ao firmado no precedente judicial, podem ter duas vertentes, uma positiva, outra negativa.

De forma negativa, uma *dissent opinion* pode constituir-se em um ataque sistemático a um precedente judicial a partir do qual foi gerado um conjunto de decisões quem mantém a coerência e a unidade do direito. Pode, outrossim, gerar uma diminuição da confiança pública no Judiciário, na medida em que um membro do próprio Judiciário tece críticas ao posicionamento adotado. Mas de forma positiva, demonstra a liberdade democrática de discordar das opiniões majoritárias, evitando que o precedente judicial se constitua em mordaça das opiniões contrárias. Ademais, as opiniões dissidentes podem ajudar a esclarecer o precedente judicial e a aperfeiçoar sua aplicação.<sup>437</sup>

Um precedente judicial fortemente estabelecido, respeitado e aplicado sistematicamente por um período razoável de tempo deve naturalmente diminuir as resistências que lhes são oferecidas, na medida em que a sociedade passa a organizar suas atividades de acordo com a pauta de conduta por ele fixada; ademais, os argumentos contrários ao precedente judicial devem tornar-se menos frequentes à medida em que os advogados o reconheçam como um precedente forte, inabalável, sistematicamente aplicado pelas instâncias judiciais, gerando a sensação de que os argumentos contra ele deduzidos dificilmente terão alguma eficácia.

Mas também se deve possibilitar que precedentes judiciais amplamente considerados pela sociedade como inadequados sofram ataques sistemáticos em juízo, com diversas vozes e teorias levantando-se contra a sua aplicação e pleiteando por sua superação. É esta possibilidade que deve estar aberta.

#### 5.2.4 Possibilidade de realização do *anticipatory overruling*

Vimos anteriormente (item 2.3 *supra*) que um precedente judicial pode ser superado, isto é, o precedente judicial pode deixar de ser aplicado aos casos

---

<sup>437</sup> VONG, David, *op. cit.*, p. 341.

subsequentes materialmente iguais. O *overruling* ocorre quando se reconhece que o precedente judicial não é mais adequado para a solução do litígio para o qual foi estabelecido.

Em regra, o *overruling* deve ser realizado pelo próprio tribunal que o estabeleceu, e não por órgãos judiciais que se encontram em posição inferior à estrutura hierárquica do Poder Judiciário. Excepcionalmente, entretanto, admite-se que tribunais inferiores hierarquicamente àquele que estabeleceu o precedente judicial supere-o, deixando de aplicá-lo ao litígio. É o chamado *anticipatory overruling*, a superação antecipada do precedente judicial, isto é, antecipada no sentido de que ocorre em órgão judicial que se situa em nível hierárquico inferior ao tribunal superior que estabeleceu o precedente.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, os fundamentos mais importantes apontados pela doutrina que autorizam a realização do *anticipatory overruling* são: a) o desgaste do precedente judicial; b) as novas tendências das decisões do tribunal superior; e c) a consciência de que o tribunal superior está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.<sup>438</sup>

Marinoni apresenta alguns fundamentos adicionais extraídos da prática jurídica norte-americana que, entretanto, somente podem ser aplicados em conjunto com os fundamentos gerais que permitem o *overruling* (a perda da confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta), como, v.g., a compreensão de que o precedente está equivocado e a mudança de compreensão de questão jurídica por membros do tribunal superior.<sup>439</sup>

A análise dos novos precedentes firmados pelo tribunal superior pode demonstrar que um determinado precedente judicial, anteriormente firmado, não guarda mais relação de coerência com as novas decisões. Muitas vezes, o precedente judicial torna-se explicitamente contraditório aos novos precedentes judiciais fixados, muito embora o tribunal superior não tenha tido ainda oportunidade de realizar o seu *overruling*. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni,

---

<sup>438</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...**, p. 405-406. Marinoni denomina o *anticipatory overruling* de “não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte”. (Ibid., p. 403)

<sup>439</sup> Ibid., p. 409. “A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta”. (Ibid., p. 393)

[...] o desgaste do precedente não ocorre apenas quando a Corte nega expressamente os seus fundamentos em casos não similares, mas também quando a Corte, em casos similares, não nega a aplicação do precedente, mas aduz valores ou fundamentos incongruentes com aqueles que, quando da elaboração do precedente, estavam na sua base. Nesta hipótese se está diante de distinções inconsistentes, que também desgastam o precedente, indicando a sua provável revogação.<sup>440</sup>

A superação antecipada do precedente judicial deve ser admitida como forma de garantir a integridade do Direito, a coerência entre as decisões judiciais: se o próprio tribunal superior vem decidindo de forma incompatível com o que foi estabelecido em um precedente judicial mais antigo, deve-se permitir que os tribunais inferiores possam superá-lo.<sup>441</sup>

A possibilidade de se realizar o *anticipatory overruling* é requisito para se manter a coerência do sistema jurídico. A espera pela oportunidade de o tribunal superior poder realizar o *overruling* pode ser longa o suficiente para que um determinado conjunto de litígios tenha de ser julgado pela aplicação de um precedente que não guarda mais relação de compatibilidade com o atual estágio de evolução do Direito.

Ademais, obrigar a parte a percorrer as instâncias inferiores, com todos os obstáculos e percalços do procedimento, obrigando-a a interpor uma sucessão de recursos, com seus requisitos nem sempre facilmente cumpridos, acarreta um desprestígio ao próprio Poder Judiciário, reduzindo-o a um conjunto de órgãos e juízes meramente burocráticos, antessala no qual se espera penosamente alcançar o tribunal superior para, somente então, realizar-se aquilo que já poderia ter sido feito anteriormente: a superação do precedente judicial que não mais se coaduna com os demais precedentes judiciais com os quais se tornou incompatível.

A possibilidade de se realizar o *overruling*, inclusive em sua versão “antecipada”, permite a compatibilização de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios com as garantias constitucionais:

---

<sup>440</sup> Ibid., p. 407-408.

<sup>441</sup> “Se a coerência do direito depende da sintonia entre as Cortes inferiores e as Cortes superiores, não há razão para ter como racional uma decisão que desconsidera o próprio discurso da Suprema Corte, a evidenciar o desgaste do precedente, nova tendência jurisprudencial ou mesmo declaração de que se está a espera de um caso apropriado à revogação expressa”. (Ibid., p. 410)

O modelo de Estado Constitucional contemporâneo exige que todo ato de aplicação judicial do Direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional que nos proíbe de considerar a “autoridade” dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores. Isso significa que uma doutrina do precedente absolutamente vinculante não é mais compatível com a exigência de justificabilidade mantida pelas Constituições democráticas, pois será sempre teoricamente possível que em um caso futuro as razões aduzidas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que militam em favor da manutenção desta mesma regra.<sup>442</sup>

O *anticipatory overruling* não é instrumento que possa servir para os órgãos inferiores aplicarem um entendimento que reputam correto, contrariamente ao entendimento adotado pelo precedente judicial. Os critérios para a realização do *anticipatory overruling* são objetivos: caberá ao julgador demonstrar racionalmente o desgaste do precedente, indicando quais são os precedentes mais recentes do tribunal superior com os quais se tornou incompatível. A incompatibilidade do precedente judicial com o atual estágio de evolução do Direito, representado pelo conjunto de novos precedentes judiciais com os quais se tornou incompatível, deve ser razoavelmente manifesto. Não se pode admitir, aqui, uma incompatibilidade implícita, ou que demande uma grande tergiversação lógica para que, após um grande e complexo raciocínio, se “descubra” a incompatibilidade. A incompatibilidade que permite o *anticipatory overruling* deve ser direta, clara, a fim de se evitar que a elaboração de complexos raciocínios jurídicos encubra o desejo inconfesso dos órgãos judiciários inferiores de afastar o entendimento institucional (representado pelo precedente judicial), com o qual não concordam, substituindo-o por entendimento pessoal.

#### 5.2.5 Novo texto legislativo e a proposta de novo significado em primeira instância

A norma jurídica não pode ser encontrada pronta no texto legal. Ela é (re)construída pelo intérprete. O julgador-intérprete (re)constrói a norma jurídica atribuindo sentido ao texto legal a partir da análise do conjunto fático que se pretende reger. Isso somente pode ser feito permeado pela discussão dialética travada no processo, mediante a concretização das garantias do contraditório e da

<sup>442</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 256.

ampla defesa: a (re)criação da norma jurídica – seja para regulação do fato litigioso, seja para fixação da pauta de conduta que regulará futuros fatos materialmente idênticos - somente pode ser feita valendo-se da participação efetiva das partes do processo, do Ministério Público e do *amicus curiae*, quando admitido.

Somente assim é que se legitima democrática e constitucionalmente o exercício do Poder Judiciário como fixador de pautas de conduta à sociedade: a atividade jurisdicional, como atividade que demanda justificação de suas decisões, é legitimada pela séria consideração e debate dos argumentos trazidos pelas partes e demais intervenientes do processo.

Verificou-se anteriormente (item 4.1 *supra*) que ao significante pode ser outorgado mais de um sentido, mas que há um número finito de sentidos possíveis de outorga ao significante. Mas mesmo os sentidos finitos e possíveis de serem outorgados podem variar com o passar do tempo. Mudanças de ordem cultural, social, econômica, axiológica; a aprovação de novas leis, com as quais é possível obter novas combinações legislativas; a fixação de novos precedentes judiciais, com os quais é necessário igualmente manter a coerência e integridade. Diversas são as causas que alteram os sentidos possíveis a ser atribuído no momento da (re)criação da norma jurídica. Os sentidos finitos não são, portanto, imutáveis.

Assim, por exemplo, a *ratio decidendi* de um precedente judicial somente lança sua força vinculante sobre as teses jurídicas efetivamente decididas pelo julgador. Se novas teses jurídicas – não abrangidas pela força vinculante da *ratio decidendi* - são apresentadas pelas partes, pelo Ministério Público e até mesmo pelo *amicus curiae*, é possível que se profira nova decisão sobre a questão jurídica. Atente-se ao exemplo trazido por Eduardo Talamini referente à fixação da interpretação conforme à Constituição em sede de controle direto de constitucionalidade:

Afinal, poderia haver outras possíveis interpretações para a disposição normativa não cogitadas no processo de controle direto e ainda mais consentâneas com a Constituição. A constatação é correta. Mas não parece propriamente conduzir à negativa de força vinculante na decisão de interpretação conforme, e sim ao estabelecimento de seus limites legítimos: a definição pelo STF, em sede de controle direto, da interpretação “A” como conforme à Constituição apenas tem força vinculante quando posta em contraste com as demais interpretações (por exemplo, “B” e “C”) também cogitadas no processo objetivo. Caso posteriormente se apresentem outras interpretações possíveis (“D”, “E”, “F”...) – verdadeiramente distintas daquelas descartadas no processo objetivo (“B” e “C”) -, a adoção de alguma dessas interpretações não examinadas no processo objetivo (“D”, “E” ou “F”) não

pode ser tida por ofensiva à força vinculante. Sob essa perspectiva, pode dizer-se que a força vinculante da decisão de interpretação conforme no controle direto recai não tanto na imposição da interpretação adotada (“A”), mas no veto às interpretações examinadas e tidas por inconstitucionais (“B” e “C”).<sup>443</sup>

A força vinculante da *ratio decidendi* do precedente judicial, portanto, atinge apenas as teses jurídicas e as interpretações que foram objeto de decisão judicial expressa, decisões que podem ser encontradas na fundamentação do precedente judicial. Não abrange, portanto, outras interpretações que não foram objeto de expressa decisão pelos tribunais superiores.

Nas instâncias inferiores, assim, deve-se admitir que haja decisão judicial sobre a questão jurídica apresentada e não abrangida pela força vinculante da *ratio decidendi*.

Durante o tempo de vigência de uma lei, afirma Ernst Bruncken, um caso após o outro é levado ao Judiciário para decisão, apresentando algumas das inúmeras combinações de fato possíveis que não podem ser previstas pelo ser humano, um número de relações entre as diversas leis existentes são descobertas e que ao legislador não era possível ter em mente quando aprovou a lei.<sup>444</sup>

Bruncken também adverte que o texto da lei muitas vezes é elaborado de forma descuidada, e o legislador não tem a menor consciência das dificuldades causadas aos litigantes que surgirão a partir de uma palavra mal empregada, de uma simples construção gramatical inadequada, de uma frase supérflua.<sup>445</sup>

A fixação de um precedente judicial não elimina a possibilidade de rediscussão da norma jurídica fixada. Mas a sua superação, em um sistema de respeito à autoridade dos precedentes judiciais, comprometido com a segurança jurídica e igualdade de tratamento que garantem o Estado de Direito, somente será possível se: (a) for praticada pelo órgão jurisdicional competente para superar o

---

<sup>443</sup> TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração..., p. 694.

<sup>444</sup> “As a matter of fact we know that, during the life of a statute, as one case after the other comes up under it showing some few of the infinite combinations of fact that are possible but cannot be foreseen by any human being, a number of relations between the statute and other rules of law are discovered which the legislator could not possibly have had in mind when he enacted the statute”. (BRUNCKEN, Ernest, *op. cit.*, p. 136)

<sup>445</sup> “In reality we know that the text of very many statutes is carelessly drawn without the slightest realization of the difficulties a single ill-chosen word, a single awkward grammatical construction, or one superfluous phrase may cause to litigants and courts”. (Idem)



precedente, órgão que será hierarquicamente inferior ao que instituiu o precedente (salvo na hipótese de regular exercício do *anticipatory overruling*); (b) houver razões que demonstrem a necessidade e adequação jurídica e social de se promover a superação do precedente; (c) que a decisão que supera o precedente judicial venha acompanhada de fundamentação apropriada, séria, densa, que demonstre claramente as razões justificadoras do *overruling*, sua necessidade, sua adequação; (d) que a ruptura com a linha de argumentação que justificou a orientação pretérita seja fundada em razões jurídicas objetivas e dotada de “vocação para o futuro”, isto é, “destinada a ser mantida com potencial continuidade em situações análogas”.<sup>446</sup>

O imprescindível    que aquela possibilidade de superac  o esteja sempre    disposição da sociedade e que seja seriamente debatida e considerada em juízo. Para tanto,    necessário que o Judiciário considere seriamente as novas proposições de sentido trazidas pelos litigantes, pelo Ministério Público e pelo *amicus curiae* que não foram consideradas pela decisão da qual originou o precedente judicial.

Exemplifica-se: uma determinada prática comercial foi julgada lícita por decisão do Superior Tribunal de Justiça à luz do texto legislativo que a regula encontrado no Código Civil. O precedente judicial está fixado. A mesma prática comercial tornada litigiosa novamente    trazida para pacificação, mas desta vez o litigante interessado demanda resolução a partir do texto legislativo que se encontra no Código de Defesa do Consumidor, não considerado no precedente judicial comumente invocado a regular aquela prática comercial. Reconhecida que esta prática comercial constitui relação de consumo, não há como negar a análise séria e detida da nova proposta de outorga de sentido ao texto legislativo, não é aquele texto encontrado no Código Civil, pura e simplesmente, mas a ele conjugado com o texto legislativo positivado no Código de Defesa do Consumidor. Neste caso, há um novo elemento jurídico textual que não foi considerado pelo precedente judicial e não pode simplesmente ser desprezado ou fictamente considerado não aplicável ao caso.

Neste caso, a nova proposta de sentido, decorrente da conjugac   o de outro texto legislativo deve ser seriamente considerada, e não simplesmente refutada porque “já há um precedente judicial que regula aquele conjunto fático”.

---

<sup>446</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial...**, p. 299.

Temos, então, um precedente que não trata da atribuição de sentido ao mesmo texto legislativo invocado ou, pelo menos, ao texto legislativo objeto do precedente, mas desta vez conjugado com outro texto legislativo não considerado pelo precedente. O precedente judicial, portanto, não é suficiente para resolver o caso em julgamento: sua *ratio decidendi* não trata da mesma questão jurídica.<sup>447</sup>

Os tribunais inferiores e os juízes de primeira instância devem estar autorizados a não aplicar o precedente quando há razões novas, fundamentos jurídicos inéditos não considerados no precedente pelo tribunal superior, aptos por si só a dar um novo resultado ao conjunto fático-litigioso. No caso apresentado, mediante consideração de um texto legislativo não considerado na formação do precedente invocado.

No âmbito da *common law*, trata-se de hipótese amplamente reconhecida de não aplicação do precedente judicial quando este é decidido *per incuriam*, isto é, quando é firmado em observância de um precedente que deveria ter sido aplicado ou quando não leva em consideração a existência de uma lei que deveria ser aplicável ao caso.<sup>448</sup> Mesmo a *House of Lords*, antes do *Practice Statement* de 1966, reconhecia a não vinculatividade de seus próprios precedentes que houvessem sido estabelecidos *per incuriam*.<sup>449</sup>

Poder-se-ia apresentar a seguinte objeção: dois casos substancialmente iguais seriam julgados de maneira diferente, pois o primeiro foi julgado de acordo com o texto legislativo do Código Civil, e o segundo caso obteve um resultado diferente devido à aplicação do texto legislativo do Código de Defesa do

---

<sup>447</sup> “Ora, quando se fala em adoção de precedente, alude-se, implicitamente, a *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes. Se os fundamentos determinantes da decisão não permitem a resolução do caso sob julgamento, não há, obviamente, como aplicar o precedente obrigatório ou vinculante. Mas isso não significa que o juiz tenha deixado de aplicar o precedente e que, assim, ele não é vinculante. Deixou-se de aplicar o precedente por ele não dizer respeito ao caso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes**..., p. 516)

<sup>448</sup> “One form of flexibility is introduced by the recognition of types of circumstances in which decisions which are otherwise binding need not be followed: for example, if they are taken *per incuriam*, that is, in ignorance of applicable precedent or statute”. (MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 516)

<sup>449</sup> “De fato, apesar de a *House* ter por um longo tempo declarado que ela estava vinculada às suas próprias decisões, a versão forte do *stare decisis* nunca foi uma regra absoluta, pois a Corte podia sempre distinguir casos e, quando alguma razão importante não tivesse sido considerada no caso anterior, declarar que a regra judicial antiga fora estabelecida *per incuriam* e, por isso, não tinha caráter vinculante”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *op. cit.*, p. 255)

Consumidor. Esta situação ofenderia o princípio de que casos iguais devem ser julgados da mesma maneira (*treat like cases alike*). Entretanto, é importante ressaltar que o direito de colaboração das partes, de influenciar na elaboração da decisão judicial, é também um ônus para a parte: cabe à parte invocar todos os elementos jurídicos textuais e não textuais que podem ser decisivos para a solução do caso a seu favor. Se, no primeiro caso, o advogado da parte não invocou a aplicação do texto legislativo do Código de Defesa do Consumidor, e não tendo os julgadores se atentados para sua aplicação de ofício, sofrerá as consequências desfavoráveis de sua desatenção; se, ao contrário, o advogado da parte do segundo caso atentou-se para a possibilidade de se obter um resultado diverso daquele fixado no precedente judicial mediante a aplicação das normas de proteção consumerista, faz valer, nesta hipótese, os benefícios de bem ter utilizado seu direito de cooperação na construção da decisão judicial. Como fica, então, a necessidade de se julgar casos substancialmente idênticos da mesma forma como corolário do Estado de Direito?

Um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não é imutável, mas estável. Um de seus principais efeitos é impedir a discricionariedade judicial, impedindo que, a todo o tempo, casos substancialmente iguais sejam julgados de forma diferente; visa impedir a “jurisprudência lotérica”, o fator sorte como elemento do resultado do julgamento; visa impedir que o Direito perca sua coerência, sua integridade, sua capacidade de ordenar a sociedade.<sup>450</sup>

Se, em um determinado momento, um precedente judicial (aplicável a um determinado conjunto fático) foi firmado e, em seguida, em outro processo que tenha por objeto conjunto fático substancialmente semelhante, no qual, mediante a invocação de um novo texto legislativo (não considerado pelo precedente judicial), o resultado do julgamento deva ser diverso daquele fixado pelo precedente invocado, não há nada nisso que ofenda o *stare decisis* ou que se conclua ter havido um retorno à “jurisprudência lotérica”. O que não se pode admitir é que, sucessivas vezes, o entendimento seja alterado, ora para aplicar apenas o Código Civil, ora para julgar de forma diversa aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor; que turmas de um mesmo tribunal julguem, simultaneamente, de um jeito ou de outro;

---

<sup>450</sup> “Abuso da liberdade de decidir haverá, quando o exercício desta liberdade comprometer a estabilidade social”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes..., p. 81)

que tribunais estaduais apliquem, conforme seu entendimento particular, resultado diversos a casos iguais, privilegiando os cidadãos de um estado e prejudicando os cidadãos de um estado diverso; enfim, o que um sistema de precedente judicial obrigatório deve combater é a inconstância habitual, a diversidade de entendimentos que desagrega o Direito, que transforma o sistema jurídico em um caos jurídico, que alça o entendimento privado do magistrado a um patamar hierárquico-valorativo superior à coerência sistêmica, como se o magistrado não fosse apenas mais um sujeito no sistema de distribuição da justiça.<sup>451</sup>

Se, então, em um determinado momento, o precedente judicial deve ser afastado porque há uma nova questão jurídica aventada pela parte, não considerada no precedente judicial, capaz de levar a um resultado diverso, trata-se de situação absolutamente compatível com um sistema de precedente judicial obrigatório. Além de possível, é, na verdade, um requisito de compatibilidade constitucional do sistema de precedente judicial obrigatório com as garantias constitucionais processuais. A não ser assim, o Código de Defesa do Consumidor (neste exemplo apresentado), constituir-se-ia letra-morta, pelo simples motivo de que nem o advogado da parte nem o julgador o consideraram no momento de elaborar o primeiro precedente. Um precedente judicial não tem a autoridade de tornar um texto legislativo em desuso.<sup>452</sup>

Neste caso, o ônus argumentativo que recai sobre o julgador é complexo: cabe-lhe demonstrar que elementos jurídicos textuais, existentes ou não à época da fixação do precedente não foi por este considerado; que o julgador está validamente deixando de aplicar o precedente sem que haja ofensa à ordem hierárquica judicial estabelecida; que os elementos novos considerados são de tal importância que são aptos ao estabelecimento de nova norma jurídica a regular aqueles fatos.

---

<sup>451</sup> Michele Taruffo expõe semelhante preocupação quanto à mudança de orientação das decisões da Corte de Cassação italiana: “[...] il problema non dipende dalla circostanza che una corte suprema muti orientamento e non segua passivamente i propri precedenti: il problema sorge quando queste variazioni sono troppo frequenti, arbitrarie, casuali e prive di seria giustificazione, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione”. (TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza..., p. 805-806).

<sup>452</sup> Confira-se lição de Eduardo Talamini sobre os limites objetivos da eficácia vinculante nas decisões proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade: “Não parece compatível com o devido processo legal reputar que, no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, a força vinculante do reconhecimento da legitimidade constitucional da norma atinja todo e qualquer fundamento que poderia afetar tal legitimidade. As ações declaratórias negativas e as de invalidação têm sua ‘causa de pedir’ limitada ao(s) motivo(s) que levem à inexistência ou à invalidade do ato atacado”. (TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração..., p. 692)

A força vinculante da *ratio decidendi*, portanto, limita-se à questões efetivamente julgadas; em outras palavras, a força vinculante da *ratio decidendi* limita-se às decisões parciais de validade, eficácia, de interpretação e de consequências jurídicas. Não há força vinculante acerca de questões jurídicas que sequer foram julgadas na decisão-precedente. Se não há decisão parcial sobre uma determinada questão jurídica, não se constitui *ratio decidendi* e, portanto, não há força vinculante sobre aquela questão.<sup>453</sup>

A não ser assim, o litigante interessado estaria fadado a litigar pelas instâncias inferiores apenas para cumprir requisitos formais de prequestionamento que o habilite a alcançar os tribunais superiores para, somente então, poder demonstrar os novos elementos capazes de levar à não aplicação do precedente firmado.

### 5.3 TÉCNICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULA VINCULANTE

O respeito à autoridade das decisões judiciais proferidas por órgãos de instância judiciária superior não é exclusivo dos países da *common law*. Ao contrário, países da *civil law*, em maior ou menor grau, adotam técnicas diversas de uniformização da jurisprudência, de concessão de força vinculante a determinados pronunciamentos judiciais e de respeito à autoridade das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores.

A adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais não promoverá a “*commonlização*” do direito brasileiro, na medida em que o respeito a precedentes

---

<sup>453</sup> Confira-se, mais uma vez, lição de Eduardo Talamini sobre os limites objetivos da eficácia vinculante nas decisões proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade: “Assim, quando se declara a constitucionalidade da norma no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, tal declaração assume força vinculante e eficácia *erga omnes* nos limites dos fundamentos efetivamente apreciados pelo STF, tenham ou não sido eles trazidos pelo autor da ação. Mas não há como a eficácia geral e o efeito *erga omnes* irem além disso, de modo a abranger também fundamentos que nem sequer foram apreciados no julgamento feito. Haverá, então, a necessidade de verificação dos aspectos constitucionais efetivamente examinados. A motivação do acórdão será especialmente relevante nesses casos, para a exata interpretação do *decisum*”. (Ibid., p. 693)

judiciais não é um traço exclusivo da *common law*,<sup>454</sup> nem muito menos essencial àquela tradição.

Por outro lado, a adoção de técnicas como o procedimento de julgamento de recursos repetitivos e a súmula vinculante não se confundem com um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.<sup>455</sup>

Em primeiro lugar, porque a autoridade das decisões proferidas pelos tribunais superiores decorre, no Brasil, da função que lhe foi confiada pela Constituição Federal, somando-se à necessidade de se conferir racionalidade ao sistema. Não é necessário, portanto, a instituição de um procedimento que confira a determinadas decisões judiciais, proferidas como ato final de um procedimento específico, força vinculante, como se as decisões proferidas em processos que não seguiram aquele procedimento não merecessem, igualmente, respeito à sua autoridade. Também estas decisões devem guardar coerência e integridade com o Direito como um todo, garantindo que todos aqueles que se encontrem em situação de similitude fática (igualdade jurídica) recebam o mesmo tratamento: efetiva-se, assim, a igualdade de todos perante a lei, como corolário do Estado Democrático de Direito e evita-se a discricionariedade judicial.

Também as súmulas vinculantes não se confundem com o respeito à autoridade do precedente judicial. Primeiramente, pelos mesmos motivos expostos no parágrafo anterior a respeito do procedimento de julgamento de recursos repetitivos. Em segundo lugar, porque o enunciado da súmula vinculante, por si só, é

<sup>454</sup> “È ormai generalmente condiviso il convincimento che il precedente giudiziario non sia patrimonio esclusivo dei sistemi di *common law*, e che anzi si tratti di un fenomeno diffuso e costante nella maggior parte degli ordinamenti, compresi quelli di *civil law*”. (TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio...*, p. 19)

<sup>455</sup> Confira-se, a título exemplificativo, a exposição de Flávio Tartuce, ao menos aparentemente vinculando as súmulas vinculantes e impeditivas de recurso ao sistema de precedentes judiciais obrigatórios: “Lembre-se que, após a Emenda Constitucional 45/2004, ganharam grande relevo a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recurso. Frise-se que para o direito baseado na *Common Law*, caso da Inglaterra, a jurisprudência é de suma importância, podendo ser considerada fonte formal primária para aquele âmbito jurídico. Em nosso sistema ela não tinha toda essa relevância, constituindo fonte de direito porque muitas vezes criava soluções não encontradas na lei ou em outras fontes. Mas com a reforma do Poder Judiciário, esse panorama mudou, pelo menos aparentemente, diante do surgimento das súmulas referenciadas”. (TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Gen/Método, 2010, p. 61-62) Também Maria Helena Diniz promove uma estreita vinculação entre a adoção da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recurso com as instituições do *common law*: “A ordem jurídica brasileira vem, como se vê, recebendo inclusões de instituições próprias de países de *common law*, como a súmula vinculante (EC n. 45/2004) e a súmula impeditiva de recursos (Lei n. 11.276/2005, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 518 do CPC), com o escopo de obter maior celeridade na prestação jurisdicional”. (DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 307-308)

geral e abstrato tal como é também o enunciado do texto legislativo. Seria necessário, portanto, analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que aprovou o enunciado da súmula vinculante a fim de se verificar se há fundamentação suficiente para definir o exato significado e o alcance do enunciado emitido.<sup>456</sup>

Contudo, há de se reconhecer que tanto a instituição da súmula vinculante quanto o procedimento de julgamento de recursos repetitivos conduziu o sistema jurídico brasileiro rumo a um maior respeito às decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores. Tanto o acórdão proferido em sede de julgamento de recurso repetitivo quanto o enunciado da súmula vinculante possuem força vinculante, em certo grau, confere maior respeito às decisões judiciais. Entendemos, portanto, ser necessário tecer algumas considerações sobre aqueles institutos positivados no direito brasileiro, a fim de também compatibilizar sua prática com as garantias processuais previstas na Constituição Federal.

### 5.3.1 Procedimento de julgamento de recurso repetitivo

A técnica de julgamento de recursos repetitivos foi instituída pela Lei n.º 11.418/2006, referente ao julgamento dos recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, mediante adição do art. 543-B ao CPC/1973, e pela Lei n.º 11.672/2008, referente aos recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, mediante adição do art. 543-C ao CPC/1973.

Mais recentemente, a adoção de um novo Código de Processo Civil pela Lei n.º 13.105/2015 manteve a previsão de um procedimento para julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos em seus arts. 1.036 a 1.041.

Por tudo o que se apresentou até o momento, reafirmamos que em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não é necessária a instituição de um mecanismo específico para a elaboração de precedentes judiciais dotados de

---

<sup>456</sup> “Mas a súmula vinculante, uma vez sendo igualmente produzida em um processo jurisdicional objetivo, também se lastreará na decisão final ali tomada. Ainda que na fundamentação dessa decisão haja amplas referências remissivas aos julgados reiterados anteriores que estarão precisamente autorizando a edição da súmula, terá de haver fundamentação suficiente e necessária para definir o exato significado e o alcance do enunciado emitido”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 121)

autoridade. O precedente judicial é obrigatório, dotado de autoridade, mediante o desenvolvimento de uma prática jurídica que o reconhece como fonte do Direito.

Em um sistema de respeito aos precedentes judiciais, não é necessária a instituição de um mecanismo como o procedimento de julgamento de recursos repetitivos. A existência de um procedimento como este, instituído pelo legislador, somente vem comprovar que não há uma prática jurídica firmada no sentido de que os precedentes judiciais são dotados de autoridade.

Ao contrário do que se poderia pensar, não é o texto legislativo, criando procedimentos específicos nos quais as decisões são dotadas de eficácia vinculante, que institui um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. No Brasil, a adoção de um procedimento de julgamento por amostragem e de súmulas vinculantes não veio acompanhada da respectiva prática jurídica apropriada a um sistema de respeito à autoridade dos precedentes judiciais. Assim, v. g., na prática jurídica brasileira não se identifica a *ratio decidendi* das decisões proferidas em sede de julgamento por amostragem ou dos acórdãos paradigmas que deram origem à súmula vinculante, cuja invocação é substituída pela utilização do enunciado da súmula e das ementas dos acórdãos; não há, ainda, uma prática de realização do cotejo da similitude fática entre o caso-precedente e o caso em julgamento; não há uma prática jurídica de realização da distinção; os próprios tribunais superiores superam seus entendimentos sem apresentar a fundamentação adequada que justifique aquela superação, sem que haja a preocupação com a confiança justificada dos cidadãos ao entendimento previamente firmado.

A criação daqueles institutos serviu apenas como “gatilho” que aprofundou na comunidade jurídica a ideia de respeito ao precedente judicial, identificado (ainda) com o julgamento do recurso especial ou extraordinário selecionado como representativo da controvérsia, com a súmula vinculante e com as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Esta afirmação, entretanto, não possui conotação pejorativa: não vemos problema algum que o legislador se valha da legislação para iniciar a mudança na prática jurídica nacional. A lei, na lição do professor José Carlos Barbosa Moreira, não é nem impotente, nem onipotente:

Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio [das] reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, no mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a



doação de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente.<sup>457</sup>

Entretanto, entendemos que em um sistema jurídico de precedentes judiciais obrigatórios: a) não há necessidade de previsão legislativa identificando quais são os precedentes judiciais obrigatórios; b) havendo previsão legislativa nesse sentido, não são apenas as decisões provenientes deste procedimento que se caracterizam como precedentes dotados de autoridade; c) o respeito aos precedentes judiciais decorre da prática jurídica: ainda que haja previsão legislativa de um procedimento criador de precedentes obrigatórios, o respeito à autoridade deste não deriva do texto legal, mas da prática jurídica.<sup>458</sup>

Feitas estas considerações, passaremos a tecer algumas considerações acerca do respeito do contraditório na aplicação da tese firmada no julgamento por amostragem de recursos repetitivos.

O procedimento instituído no CPC/1973 deixou de prever um importante ato processual, ato este de tal importância que sua omissão é capaz de ofender as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa: a possibilidade de as partes confrontarem o precedente firmado pelo STJ em sede de julgamento de recurso especial repetitivo com o caso que deu origem à decisão objeto do recurso especial.

Como visto anteriormente, a *ratio decidendi* do precedente judicial somente pode ser entendida à vista dos fatos materiais sobre os quais se originou; a atribuição de sentido ao texto legislativo somente pode ser compreendido mediante a análise dos fatos materiais que deram ensejo à atuação do intérprete jurisdicional; a aplicação do precedente judicial somente se dá mediante a indispensável análise da similitude fática entre o precedente e o caso sob julgamento; a própria análise da similitude fática depende de uma *nova decisão* (mediante nova valoração) promovida pelo intérprete atual, que reanalisa os fatos que deram origem ao precedente e os fatos do caso sob julgamento.

<sup>457</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça..., p. 160.

<sup>458</sup> "English precedent rules are derived from judicial practice not from statute". (CROSS, Rupert; HARRIS, James W, *op. cit.*, p. 173)

Retome-se: o precedente judicial não pode servir como “razão pronta”, como fundamentação *prêt-à-porter* das decisões proferidas nos casos futuros.<sup>459</sup> A nova decisão, ainda que limitada pelo entendimento firmado no precedente judicial, mantém as necessidades de valorações, escolhas e suas respectivas fundamentações. O âmbito da decisão, o alcance do poder de decisão do julgador é, por certo, menor, limitado, mas nem por isso se resume à simples invocação do precedente judicial como “fundamentação suficiente” da nova decisão.

Assim, antes de o tribunal de origem promover os atos previstos no § 7º do art. 543-C do CPC/1973, é necessário que se conceda oportunidade às partes – recorrente e recorrido – para que, na medida de seus interesses: demonstrem a existência ou não de similitude fática entre os casos; que um determinado fato tido por material no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia não existe ou não está provado no caso sob julgamento; que um determinado fato – existente e provado no caso sob julgamento – não existia, não foi provado, não foi considerado ou não foi considerado material no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, e que a existência daquele fato pode levar a um resultado diferente daquele previsto no precedente judicial; que há novos argumentos jurídicos invocados e prequestionados não considerados no precedente judicial e que, por si só, são aptos à adoção de um entendimento diferente.

A não concessão dessa oportunidade resulta em grave ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa: até então, as partes não tiveram oportunidade de se manifestar sobre o precedente judicial que pretensamente deve regular o caso em discussão. Podem ser surpreendidas por um entendimento jurisprudencial novo, por uma nova outorga de sentido ao texto legislativo até então inexistente ou diverso do que era adotado. Mas principalmente: a necessidade de se argumentar sobre a similitude fática entre os casos.

---

<sup>459</sup> Confira-se passagem de Carlos Maximiliano sobre o perigo de se valer das decisões judiciais dos tribunais como soluções previamente dispostas ao litígio. O texto deve ser lido com o devido filtro temporal: “A magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as ideias novas expugnam. A jurisprudência afasta-se dos princípios com frequência maior do que a doutrina. É analítica, examina as espécies uma por uma; ao generalizar, pode incorrer em erro grave o estudioso. Além disso, o fato impressiona e apaixona mais do que a teoria pura. Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurar os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemática de doutrina jurídica os repertórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria”. (MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 148)

Poder-se-ia contra-argumentar que cabe ao tribunal de origem, quando do reexame de sua própria decisão, verificar a existência ou não da similitude fática entre os casos, aplicando ou não o precedente judicial firmado. Entretanto, aos órgãos do Poder Judiciário cabe decidir levando em consideração a argumentação trazida pelas partes. As garantias do contraditório e da ampla defesa não se exaurem no seu exercício meramente formal. Como núcleo das garantias do contraditório e da ampla defesa encontra-se o dever de as razões apresentadas serem seriamente levadas em consideração, fundamentadamente adotadas ou repelidas pelo julgador.

Não estamos pressupondo, evidentemente, que haja absoluta similitude fática entre os casos: consideramos a similitude fática na possibilidade de se qualificar os fatos da causa na mesma categoria em que os fatos do caso que deu origem ao precedente tenha sido qualificado.<sup>460</sup> Trata-se de igualdade jurídica, e não de igualdade fática absoluta.

Entendemos ser imprescindível que os caminhos traçados pelo § 7º do art. 543-C do CPC/1973 somente sejam trilhados após oportunizarem-se às partes a possibilidade de se manifestarem sobre o precedente judicial firmado pelo STJ no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quando da aplicação da tese jurídica firmada no julgamento por amostragem de recursos repetitivos, o que se propugna é que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam respeitados e efetivados por meio do dever de diálogo entre as partes e o julgador, na possibilidade de as partes influenciarem na formação da decisão jurisdicional. O dever de debate exige que o julgador faça constar em sua decisão o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes, exigência esta necessária ao cumprimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolário do Estado de Direito,<sup>461</sup> mas principalmente, “denota a necessidade de

---

<sup>460</sup> Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, embora tratando dos embargos de divergência: “A preocupação despropositada com a similitude entre as circunstâncias de fato é um grosseiro equívoco, além de constituir indício de tentativa de ‘frear’ a utilização dos embargos de divergência. [...] os fatos, quando influem sobre a compreensão e a solução de uma questão jurídica, identificam uma categoria em que outros fatos podem se situar”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ...**, p. 219)

<sup>461</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração...**, p. 149-150.

todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre aqueles que participam do processo”.<sup>462</sup>

Anteriormente, foi feita a consideração de que uma das vantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios é conter o arbítrio judicial, vinculando-o objetivamente a entendimentos firmados e que devem ser aplicados a casos idênticos. Nesse sentido, também os princípios do contraditório e da ampla defesa – na sua concepção tripartite de poder influenciar a construção da decisão judicial – e o dever do julgador de fundamentar suas decisões – no sentido de dever de debate – são formas de contenção do arbítrio do julgador,<sup>463</sup> na medida em que deve dialogar com as partes, manifestar-se fundamentadamente sobre suas razões, afastando-as ou adotando-as.

Assim, quando os tribunais de segunda instância seguirem o procedimento previsto no art. 543-C, § 7º (reanálise dos recursos especiais sobrestados) ou no art. 543-B, § 3º (reanálise dos recursos extraordinários repetitivos), ambos do CPC/1973, a fim de que não haja ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é imprescindível a concessão de possibilidade às partes se manifestarem sobre o precedente judicial surgido com o julgamento do recurso selecionado por amostragem, cumprindo-se com o dever de debate, com o direito de influenciar na formação da decisão judicial, evitando-se o surgimento de decisão-surpresa que ofende o modelo constitucional de processo civil exigido pelo Estado Democrático de Direito.

A questão foi parcialmente resolvida pelo art. 1.037, §§ 9º a 13 do CPC/2015. Estes dispositivos permitem que a parte requeira o prosseguimento do seu processo, retirando-o do regime de sobrestamento decorrente da afetação para julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, demonstrando haver distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado. Reconhecida a distinção, dar-se-á prosseguimento ao processo.

Ao que parece, o procedimento previsto nos §§ 9º a 13 do art. 1.037 do CPC/2015 leva em consideração apenas a hipótese de que o julgamento do recurso especial ou extraordinário afetado ainda não ter ocorrido, retirando o processo

---

<sup>462</sup> Ibid., p. 151.

<sup>463</sup> Ibid., p. 159.

sobrestado deste regime, reconhecendo haver “distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado”. Aqueles dispositivos referem-se ao momento anterior à prolação da decisão paradigma. Não faz referência à necessidade de se permitir às partes tecerem suas considerações após prolatada a decisão paradigma.

Igualmente não é suficiente a previsão do art. 1.042, § 1º, II do CPC/2015, pelo qual o recorrente deve, no recurso de agravo em recurso especial ou recurso extraordinário, demonstrar a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado quando a inadmissão do recurso especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior. Também nesta hipótese, a parte somente poderá se manifestar sobre a distinção entre os casos após a prolação de decisão pelo tribunal local, que já terá inadmitido o recurso interposto sob o fundamento de que o acórdão prolatado está em consonância com a decisão do recurso paradigma.

A questão somente se resolve com a aplicação conjugada do art. 927, III e § 1º com o art. 10, ambos do CPC/2015. Tendo o CPC/2015 concedido eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de julgamento por amostragem de recursos repetitivos, este somente pode ser aplicado mediante o prévio respeito ao contraditório, permitindo-se às partes que previamente se manifestem sobre a aplicação da tese firmada no julgamento por amostragem. É o que determina o § 1º do art. 927 do CPC/2015, que determina aos juízes e tribunais que observem o previsto no art. 10 do código.

O art. 10 do CPC/2015 determina que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por força daquele dispositivo, antes de aplicar a tese firmada pelo tribunal superior no julgamento por amostragem, deverá o tribunal local determinar a intimação das partes para que previamente manifestem-se sobre a aplicação daquela tese.

Para fins de se assegurar o efetivo respeito do contraditório, é necessário que se permita às partes manifestarem-se sobre:

a) o não sobrestamento do processo por ausência de similitude fática entre o recurso afetado e o recurso sobrestado (o § 9º do art. 1.037 do CPC/2015 refere-se apenas à distinção entre a “questão a ser decidida”);

b) após o julgamento do recurso afetado, a demonstração de que o processo sobrestado deve ser julgado de maneira diversa da solução adotada pelo STJ ou STF, demonstrando-se que um determinado fato tido por material no julgamento do recurso especial ou extraordinário representativo da controvérsia não existe ou não está provado no caso sob julgamento;

c) após o julgamento do recurso afetado, a demonstração de que o processo sobrestado deve ser julgado de maneira diversa da solução adotada pelo STJ ou STF, demonstrando-se que um determinado fato – existente e provado no caso sob julgamento – não existia, não foi provado, não foi considerado ou não foi tomado como material no julgamento do recurso especial ou extraordinário representativo da controvérsia e que a existência daquele fato pode levar a um resultado diferente daquele previsto no precedente judicial;

d) que há novos argumentos jurídicos invocados e prequestionados não considerados no acórdão que julgou o recurso afetado representativo da controvérsia e que, por si só, são aptos à adoção de uma solução diferente ao litígio.

### 5.3.2 Julgamento monocrático e respeito aos precedentes judiciais: necessidade de compatibilização dos arts. 557 do CPC/1973 e 932 do CPC/2015

A Lei n.º 9.756/1998 deu nova redação ao *caput* do art. 557 do CPC/1973 e acrescentou-lhe o § 1º-A para o fim de instituir as hipóteses em que o relator de um recurso pode, monocraticamente, negar seguimento, negar ou dar provimento ao recurso. O *caput* do art. 557 do CPC/1973 permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Em seguida, o § 1º-A daquele mesmo dispositivo legal permite ao relator, monocraticamente, dar provimento ao recurso interposto quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

O julgamento monocrático do recurso pelo relator passará a ser regulado pela redação dada ao art. 932, IV e V do CPC/2015. Pelo inciso IV deste dispositivo, incumbe ao relator negar provimento a recurso quando este for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Por sua vez, o inciso V confere competência ao relator do recurso para, monocraticamente, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Em um sistema de respeito à autoridade dos precedentes judiciais obrigatórios, não seria necessária a referência à jurisprudência dominante de um determinado tribunal, como faz o art. 557 do CPC/1973: a referência à jurisprudência dominante, consolidada, reiterada, é própria de sistemas que não consideram uma decisão de tribunal superior com autoridade suficiente para vincular os demais julgadores. A exigência de que haja um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido equivale à confissão de que não se respeita a autoridade da decisão judicial proferida pelo tribunal superior, mas tão somente quando aquela decisão judicial seja reiterada inúmeras vezes, em quantidade não definida.

Ademais, não concordamos que a possibilidade de o julgamento monocrático do recurso ser possível apenas quando houver referência de (in)compatibilidade do recurso ou do acórdão recorrido com súmula, acórdão proferido em julgamento de recurso repetitivo ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Como visto acima, defendemos a ideia de que, em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, uma única decisão judicial proferida por tribunal superior – respeitados os requisitos expostos anteriormente neste trabalho (item 5.1.4 *supra*) - deve ser dotada, por si só, de autoridade suficiente para se impor como fonte do Direito a ser aplicada pelos demais julgadores e servir como pauta de conduta (assim como a norma jurídica legislada se impõe como pauta de conduta).

Nesse sentido, a aplicação da regra que permite ao relator do recurso, monocraticamente, negar seguimento, negar ou dar provimento a recurso, deve se dar sempre que houver afronta (pelo recurso interposto ou pela decisão recorrida) a precedente judicial obrigatório criado por tribunal superior. Para tanto, entendemos ser desnecessária reforma legislativa do art. 557 do CPC/1973 ou do art. 932 do CPC/2015 (embora fosse desejável, a fim de tornar o dispositivo legislativo em consonância com a adoção do sistema de respeito aos precedentes judiciais), pois uma mera interpretação sistemática do referido dispositivo com o sistema de respeito à autoridade dos precedentes judiciais seria suficiente para se chegar a essa conclusão. Reconhecemos, entretanto, que não foi esta a opção do legislador, seja no CPC/1973, seja no CPC/2015.

Deve-se, ainda, compatibilizar o art. 557 do CPC/1973 e o art. 932 do CPC/2015 com as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal. Para tanto, é necessário permitir o julgamento colegiado do recurso – mesmo quando este esteja contrário a precedente judicial – quando a parte alega a necessidade de se realizar o *distinguishing*, de se promover o *anticipatory overruling*, ou mesmo quando esteja autorizada a propor novo sentido a texto legislativo ainda nas instâncias inferiores. (item 5.2.4 *supra*)

O § 1º-A do art. 557 do CPC/1973 e o art. 932, V do CPC/2015 não permitem ao relator do recurso, monocraticamente, dar provimento ao recurso interposto mediante realização do *distinguishing*, do *anticipatory overruling* ou outorgando novo sentido a texto legislativo, o que demanda, em todas as hipóteses, o julgamento colegiado do recurso.

Por outro lado, entendemos que o relator não pode, monocraticamente, valer-se do *caput* do art. 557 do CPC/1973 e do inciso IV do art. 932 do CPC/2015 e negar provimento ao recurso quando o recorrente admite a existência de um precedente judicial que não pretende ver aplicado, mas requer a realização de *distinguishing*, de *anticipatory overruling* ou de nova outorga de sentido a texto legislativo, elaborando-se, ao final, nova norma jurídica a solucionar o litígio deduzido em juízo.

Permitir ao relator negar provimento monocraticamente ao recurso quando este estiver em desacordo com precedente judicial obrigatório, quando o recorrente alegar a ocorrência de uma daquelas situações (a realização de *distinguishing*, do *anticipatory overruling* ou da outorga de novo sentido a texto legislativo) ofende a



necessidade de compatibilização da sistemática de precedentes obrigatórios com o modelo constitucional do processo civil na medida em que impede o jurisdicionado: (a) de demonstrar que o conjunto fático do caso sob julgamento é materialmente distinto daquele que deu origem ao precedente; (b) de demonstrar estar-se diante de hipótese de *anticipatory overruling*; (c) de discutir a outorga de novo sentido ao texto legislativo, seja mediante a invocação de novos textos legislativos não considerados na formação do precedente judicial, seja mediante a necessidade de adaptação do precedente judicial a outros precedentes judiciais surgidos após aquele primeiro.

Não permitir o julgamento colegiado do recurso naquelas hipóteses constituir-se-ia em grave ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois nega ao jurisdicionado a satisfação de seu direito a uma cognição e a um julgamento adequados, mediante análise e decisão dos argumentos contrários trazidos contra a aplicação do precedente judicial.

De certa forma, esta proposta provoca um esvaziamento parcial das hipóteses de julgamento monocrático do recurso previstas no art. 557 do CPC/1973 e o art. 932 do CPC/2015, cuja aplicação limitar-se-ia à hipótese em que o recorrente cinge-se a requerer a não aplicação do precedente judicial sem trazer fundamentação recursal apropriada. Entretanto, esse esvaziamento parcial é necessário a fim de se compatibilizar o julgamento monocrático do recurso com uma aplicação dos precedentes judiciais que respeita as garantias processuais constitucionais.

### 5.3.3 Súmula impeditiva de recurso e respeito aos precedentes judiciais: necessidade de compatibilização do art. 518, § 1º do CPC/1973

A conclusão alcançada no item anterior deve, segundo entendemos, ser aplicada quando se analisa o disposto no art. 518, § 1º do CPC/1973, pelo qual o recurso de apelação não será conhecido quando a sentença houver sido proferida em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, o recurso às súmulas (vinculantes ou impeditivas de recurso) perde sua função primordial de vincular o

entendimento dos demais membros do Poder Judiciário. Esta função é exercida pelas decisões dos tribunais superiores, por si só, mediante identificação de sua *ratio decidendi*. Não se faz necessária a instituição de súmulas vinculantes ou impeditivas de recurso, cuja estrutura e natureza são diferentes do precedente judicial, na medida em que são utilizadas abstratamente, desvinculadas dos fatos materiais que deram origem ao precedente judicial.

Assim, o disposto no § 1º do art. 518 do CPC/1973, em uma interpretação sistemática inserida em um ambiente jurídico de respeito à autoridade dos precedentes judiciais, deve ser entendido como hipótese de não cabimento do recurso de apelação quando a sentença houver sido proferida com base em precedente judicial, salvo nas hipóteses em que, em suas razões recursais, o apelante: (a) demonstrar que o conjunto fático do caso sob julgamento é materialmente distinto daquele que deu origem ao precedente; (b) estar diante de hipótese de *anticipatory overruling*; (c) discutir a outorga de novo sentido ao texto legislativo, seja mediante a invocação de novos textos legislativos não considerados na formação do precedente judicial, seja mediante a necessidade de adaptação do precedente judicial a outros precedentes judiciais surgidos após aquele primeiro.

Os motivos são os mesmos apresentados anteriormente acerca do julgamento monocrático dos recursos previsto no art. 557 do CPC/1973 e art. 932 do CPC/2015: a aplicação do sistema de precedentes judiciais exige respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, é necessário que haja caminhos institucionais abertos para que o jurisdicionado possa discutir e atacar o precedente judicial, ter suas alegações seriamente consideradas (direito de influenciar a decisão judicial) e receber, em resposta, decisão fundamentada sobre as alegações tecidas em juízo (dever de debate), o que não é obtido mediante simples invocação e repetição do precedente judicial de que aquela questão já se encontra decidida e que, portanto, não pode ser afastada a aplicação do entendimento firmado pelo precedente judicial.

Deve-se, portanto, verificar a forma de argumentação do apelante: se ele se limitar a defender a adoção de um entendimento contrário ao da súmula impeditiva de recurso, não há maiores problemas em se aplicar o art. 557 do CPC/1973. Entretanto, se o apelante demonstrar que o conjunto fático do caso sob julgamento é materialmente distinto daquele que deu origem ao precedente, i. e., demonstrar a ausência de similitude fática entre o caso sob julgamento e o caso que deu origem à

súmula (o que, no atual sistema brasileiro, é inviável, tendo em vista a multiplicidade de decisões que são consideradas “precedente” da súmula); demonstrar a necessidade e possibilidade de se realizar o *anticipatory overruling*; discutir a outorga de novo sentido ao texto legislativo, seja mediante a invocação de novos textos legislativos não considerados na formação do precedente judicial, seja mediante a necessidade de adaptação do precedente judicial a outros precedentes judiciais surgidos após aquele primeiro; nestas hipóteses, não se pode aplicar a solução preconizada pelo art. 557 do CPC/1973.

É necessário que, preenchidos os demais requisitos recursais, dê-se seguimento ao recurso de apelação interposto, para que seja julgado, devendo o tribunal decidir sobre a similitude fática, sobre a realização do *anticipatory overruling*, sobre a aplicação de uma nova norma jurídica a partir da interpretação de textos legislativos diversos daquele objeto do precedente que deu origem à súmula, sobre a adaptação do precedente judicial que deu origem à súmula a outros precedentes judiciais surgidos posteriormente.

O modelo constitucional de processo civil demanda, portanto, do sistema de precedentes obrigatórios, respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, respeito que é obtido mediante a possibilidade de o jurisdicionado discutir democraticamente a aplicabilidade e a correção normativa do precedente judicial e de ter, respectivamente, uma decisão séria e fundamentada a respeito.

#### 5.3.4 Súmulas vinculantes e enunciados abstratos

Vimos que a *ratio decidendi* do precedente judicial (item 4.5 *supra*) deve ser identificado na fundamentação da decisão judicial proferida pelo tribunal superior, constituída pelas decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de escolha de consequências legais proferidas pelos tribunais superiores, necessárias ou suficientes para se alcançar a decisão final, identificadas e compreendidas à luz do caso concreto decidido.

Posteriormente (item 5.1.4 *supra*), afirmamos que o Judiciário somente pode estabelecer precedentes obrigatórios quando necessário para o julgamento do litígio, sob pena de o Judiciário extrapolar sua competência atuando como *law-maker*, bem

como que o precedente judicial somente pode ser compreendido à luz dos fatos materiais do litígio, sob pena de o Judiciário criar normas jurídicas abstratas e gerais desvinculadas da facticidade do caso julgado.

As súmulas (vinculantes ou persuasivas) não se constituem em precedentes judiciais propriamente ditos. Da análise do seu enunciado não é possível identificar a facticidade que deu origem às decisões alcançadas pelo tribunal superior. O CPC/2015, em seu art. 926, § 2º, determina que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Esta exigência, se cumprida, não elimina a abstratividade da súmula (vinculante ou de jurisprudência dominante), mas visa a garantir que o enunciado esteja em consonância com o caso concreto, permitindo uma melhor compreensão de seu sentido e âmbito de aplicação.

Relembre-se que os precedentes judiciais somente podem ser identificados e compreendidos à luz dos fatos da causa cujo julgamento lhe deu origem. Nas palavras de Michele Taruffo, o precedente constitui-se em uma decisão relativa a um determinado caso específico, de forma que a regra jurídica utilizada como fundamento da decisão vem “concretizada”, relacionada à solução do caso particular. Assim, não é possível compreender o precedente judicial sem que a interpretação da regra jurídica afirmada pelo tribunal venha conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida.<sup>464</sup>

Para uma adequada compreensão e aplicação dos enunciados de súmulas vinculantes, seria necessário verificar a congruência entre o enunciado da súmula e os julgados que deram origem à sua criação: em outras palavras, faz-se necessário verificar a “precisão remissiva” entre o enunciado da súmula e os acórdãos que lhe servem de paradigma,<sup>465</sup> i. e., se o enunciado da súmula faz correta remissão ao que foi decidido pelo tribunal, levando-se em consideração as questões de direito decididas e se estas decisões foram necessárias para a solução do caso. Isto não exclui, ainda, a necessidade de verificação dos fatos materiais, a fim de que se possa compreender o enunciado da súmula e verificar a similitude fática entre o acórdão paradigma que embasou o enunciado da súmula e o caso em que se pretende aplicá-la.

---

<sup>464</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza..., p. 796.

<sup>465</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos, *op. cit.*, p. 166.

Vamos ilustrar estas afirmações com a análise da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Em 13 de agosto de 2008, realizou-se a 20ª sessão ordinária do Plenário do Supremo Tribunal Federal, sessão em que ocorreu o debate para aprovação do teor do enunciado da súmula vinculante nº 11. Durante todo o debate, o único julgamento invocado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal foi o *habeas-corpus* n.º 91.952/SP, julgado em 7 de agosto de 2008.

Neste *habeas-corpus*, o impetrante pedia a nulidade de julgamento proferido em Tribunal do Júri, tecendo diversos argumentos. Dentre os argumentos alinhavados que importam para a análise do enunciado da súmula vinculante nº 11, alegou o impetrante a nulidade do julgamento pelo fato de o réu ter permanecido algemado durante a sessão do Tribunal do Júri no qual foi condenado.

Os fatos litigiosos, portanto, foram muito bem definidos: o réu permaneceu algemado durante a sessão do Tribunal do Júri em que foi condenado; discutia-se a legalidade desta medida e a eventual consequência jurídica pleiteada: a nulidade da condenação.

O relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou:

O julgamento perante o Tribunal do Júri não requer a custódia preventiva do acusado, até então simples acusado - inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Hoje não é necessária sequer a presença do acusado - Lei nº 11.689/08, alteração do artigo 474 do Código de Processo Penal. Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição mantê-lo, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa.

A questão, portanto, repita-se, cingia-se à legalidade do uso de algemas durante a sessão do Tribunal do Júri. Em seguida, o Ministro relator passou a tecer diversas considerações sobre a questão. Invocou o julgamento proferido no *habeas-corpus* nº 71.195-SP, relator o Ministro Francisco Rezek, julgado em 25 de outubro de 1994, no qual restou decidido que “o uso de algemas durante o julgamento não

constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes”.<sup>466</sup>

Em seguida, o Ministro relator invoca a decisão proferida no *habeas-corpus* nº 89.429/RO, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgado em 22 de agosto de 2006.<sup>467</sup> Ocorre que este *habeas-corpus* tratava de caso em que o impetrante, vice-presidente do Tribunal de Contas do estado de Rondônia, preso na Superintendência da Polícia Federal em Brasília, pedia a concessão de salvo-conduto para que não fosse algemado quando da sua condução ao Supremo Tribunal Federal, quando então seria ouvido pela Ministra Eliana Calmon.

Vejam, portanto, que no julgamento do *habeas-corpus* n.º 91.952/SP, que tratava da nulidade da sessão do Tribunal do Júri em que o réu permaneceu algemado, invocou-se uma decisão em *habeas-corpus* em que o paciente pleiteava salvo-conduto para não ser algemado durante condução policial. À evidência que os casos não são materialmente idênticos, não havendo similitude fática que justificasse a utilização de um julgamento para fundamentar a decisão do outro.

Adiante, o Ministro Marco Aurélio fez uso do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso em *habeas-corpus* n.º 5.663/SP, cujos fatos eram materialmente idênticos: o réu condenado em sessão do Tribunal do Júri na qual permaneceu algemado durante o julgamento.<sup>468</sup>

Em sequência, o Ministro relator invocou ainda um julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um decreto de 1821 de Dom Pedro, o Código de Processo Criminal do Império e diversos outros textos legislativos.

Atente-se, entretanto, para as importantes observações tecidas pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito:

É preciso destacar, como fez Sua Excelência, que não estamos julgando o uso das algemas em tese. Estamos julgando o tema do uso das algemas num caso concreto, ou seja, durante a realização do júri e por determinação da juíza presidente do Tribunal do Júri. De todos os modos, não é inoportuno que se faça uma observação, ao meu sentir, necessária, de que o uso de algemas é sempre em caráter excepcional. Não existe a normalidade do uso

<sup>466</sup> STF, HC 71195, Relator Ministro Francisco Rezek, 2ª Turma, julgado em 25/10/1994, publicado no Diário da Justiça em 04/08/1995, p.22442.

<sup>467</sup> STF, HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 22/08/2006, publicado no Diário da Justiça em 02/02/2007, p. 114.

<sup>468</sup> STJ, RHC 5663/SP, Relator Ministro William Patterson, 6ª Turma, julgado em 19/08/1996, Diário da Justiça nº 23/09/1996, p. 35156.

das algemas. É evidente que não se pode, desde logo, em tese, dizer que é vedado o uso das algemas. Sim, é permitido o uso das algemas, mas desde que ele configure realmente uma exceção em casos em que haja justificativa própria para que sejam utilizadas. Mas, neste processo, neste habeas corpus, o que nós vamos examinar é se a juíza presidente do Tribunal do Júri tinha condições objetivas de determinar o uso das algemas.<sup>469</sup>

Como visto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito fez questão de ressaltar que a Corte não estava “julgando o uso das algemas em tese”, mas sim “o uso das algemas num [sic] caso concreto”. E deixa claro que o julgamento referia-se ao uso de algemas, pelo acusado, durante o Tribunal do Júri: “neste processo, neste habeas corpus, o que nós vamos examinar é se a juíza presidente do Tribunal do Júri tinha condições objetivas de determinar o uso das algemas”.

Por fim, a questão da exata delimitação do contexto fático sobre o qual o julgamento estava sendo tomado foi apontada também pelo Ministro Carlos Ayres Britto: “estamos, aqui, julgando, exclusivamente, o uso de algemas no plenário do Tribunal do Júri. Este é o locus físico da nossa cognição e, por consequência, do equacionamento jurídico que nos cabe fazer”.<sup>470</sup>

Portanto, atente-se, no momento, para o seguinte: o litígio objeto do *habeas-corpus* n.º 91.952/SP referia-se a acusado que, durante sessão do Tribunal do Júri em que restou condenado, foi mantido algemado na frente dos jurados.

Todavia, ao final do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes afirma que, em diversas situações, o Supremo Tribunal Federal teria afirmado a excepcionalidade do uso das algemas (não apenas na hipótese do acusado em sessão do Tribunal do Júri). O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito acompanha a sugestão do Ministro Gilmar Mendes e propõe que o Supremo Tribunal Federal fixe “a tese da excepcionalidade do uso das algemas”, não apenas para a hipótese da sessão do Tribunal do Júri, mas para todas as demais situações em que ocorre abuso no uso das algemas:

Senhor Presidente, eu tive a cautela, quando proferi meu voto, de destacar exatamente esse aspecto, ou seja, estamos julgando um caso concreto, especificamente com relação ao uso de algemas, no plenário do Tribunal do Júri, mas se a Corte faz a afirmação de que até nessa circunstância o uso de algemas reveste-se de caráter excepcionalíssimo, o que dizer no tocante aos

<sup>469</sup> STF, HC 91952/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, publicado no DJe 241 de 18/12/2008, voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

<sup>470</sup> Idem.

abusos costumeiros com a utilização das algemas? Este processo, na realidade, mesmo que não se queira, tem essa repercussão e esse alcance, porque se fixa a tese da excepcionalidade do uso das algemas.<sup>471</sup>

Assim, a proposta de edição de súmula vinculante para a fixação da “tese da excepcionalidade do uso das algemas” foi tomada à vista de um singular caso concreto. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se outras vezes sobre o uso abusivo das algemas em situações diversas. Entretanto, não cabe ao Poder Judiciário a fixação de teses abstratas e gerais, desvinculadas de casos concretos. Da manifestação dos Ministros da Suprema Corte, verifica-se que houve a intenção deliberada de se fixar uma norma jurídica “em tese”, abstrata, geral, tal qual uma norma jurídica positivada pelo texto legislativo, a ser aplicada por dedução e descontextualizada.<sup>472</sup>

A facticidade daquele *habeas-corpus* que deu origem à súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal não pode ser extraída da simples leitura do enunciado daquela súmula. Da leitura do enunciado extrai-se uma regra geral sobre o uso lícito das algemas, sem que haja qualquer referência fática à situação em que as algemas foram utilizadas. O enunciado da súmula vinculante nº 11, assim, assumiu características de norma jurídica geral e abstrata, como se houvesse sido posta pelo legislador. Sua aplicação nos casos futuros se dá da mesma forma pela qual se invoca um texto legislativo: mediante dedução, descontextualizada.<sup>473</sup>

---

<sup>471</sup> STF, HC 91952/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, publicado no DJe 241 de 18/12/2008, voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. A questão também foi percebida pelo então Procurador-geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, quando da Sessão Ordinária nº 20 que deliberou sobre o enunciado da súmula vinculante nº 11: “Na sessão anterior, a questão foi enfrentada à luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa a situação de fato, e o meu pronunciamento tinha como base essa situação de fato, o pronunciamento da Corte teve caráter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso das algemas em todos os casos”. (STF, Sessão Ordinária nº 20, realizada em 13 de agosto de 2008, publicada no DJe nº 214/2008 de 11 de novembro de 2008, p. 14)

<sup>472</sup> “A súmula vinculante deve referir-se a normas determinadas. O instituto não se presta à formulação de meros brocardos, aforismos, máximas – enfim, diretrizes abstratas e desvinculadas de uma específica questão constitucional com direta referência normativa”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 135)

<sup>473</sup> “Dos traços gerais que foram colacionados acima, a SV [súmula vinculante] apresenta profundas *dessemelhanças* com os precedentes: 1º) O efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (art. 102, § 2º; art. 103-A CF); 2º) A instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); 3º) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infringindo área de competência do legislador (art. 5º, II da CF)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguesas e ambiguidades:*



O que o enunciado da súmula vinculante nº 11 institui – como é expressa a proposta do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito é a instituição de uma tese sobre a excepcionalidade do uso das algemas: o enunciado da súmula é redigido com a mesma técnica com a qual o legislador edita o texto legislativo. O julgamento, conforme afirmado diversas vezes pelos Ministros no julgamento do *habeas-corpus* n.º 91.952/SP, referia-se ao específico caso do acusado algemado na sessão do Tribunal do Júri. A proposta de elaboração de súmula vinculante, entretanto, foi feita para fixação de uma tese (abstrata, geral, descontextualizada, afastada de sua facticidade).

Sob a ótica de uma teoria do precedente judicial, a norma jurídica exposta no julgamento do *habeas-corpus* n.º 91.952/SP somente pode ser compreendida à luz dos fatos concretos: o indevido uso das algemas em acusado durante seu julgamento pelo Tribunal do Júri. A pauta de conduta afirmada pelo Supremo Tribunal Federal tem como objeto esta específica situação fática.

Entretanto, o enunciado da súmula vinculante nº 11 afasta-se daquela facticidade que lhe daria sentido: o enunciado da súmula apresenta-se como norma geral abstrata, com objetivos generalizantes, afetando a legitimidade democrática de sua aplicação como precedente judicial.<sup>474</sup>

A compreensão do sentido e extensão do enunciado da súmula vinculante deve ser pesquisado na decisão ou no conjunto das decisões judiciais que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a súmula. Não basta, portanto, a interpretação de seu enunciado: é imprescindível a análise do(s) precedente(s) subjacentes à súmula vinculante.<sup>475</sup>

---

necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Direitos fundamentais e justiça**, Salvador, nº 5, p. 162 a 185, out./dez. 2008, p. 166)

<sup>474</sup> “A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americano, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. [...] A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português, se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativa de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação da imprensa oficial”. (ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 361)

<sup>475</sup> “Ainda em prol da eficácia da súmula, labora a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe a virtualidade de uma prévia interpretação (mesmo a *clareza* da lei pode ser investigada...), já a interpretação da súmula resta facilitada, por isso que ela deriva de um longo processo de *decantação* de muitos julgados prolatados sobre um mesmo tema, restando ao aplicador, em primeiro lugar, bem apreender a compreensão e extensão do enunciado, para, na sequência, aferir se o caso concreto aí está ou não subsumido”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 338)

Mas isso não é tudo. Confira-se a parte final do enunciado da súmula vinculante nº 11: “[...] sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

O julgamento do *habeas-corpus*, como é próprio desta ação constitucional, não versava sobre a responsabilidade civil do agente que manteve o acusado algemado durante a sessão do Tribunal do Júri. Não havia pedido do impetrante nesse sentido. Não se tratava de uma ação condenatória de reparação de danos morais movida em face do Estado ou do servidor público. Assim, a parte final do enunciado da súmula vinculante nº 11 não encontra respaldo nos fatos da ação que geraram o precedente.

A questão da responsabilidade penal, civil e administrativa do Estado e do agente público foi posta pelo Ministro Eros Roberto Grau. Entretanto, o próprio Ministro afirmou que a questão deveria ser dita a título de *obiter dictum*. Confira-se, *in verbis*, a manifestação do Ministro Eros Roberto Grau:

Penso, acompanhando plenamente o voto do Ministro Marco Aurélio, que talvez fosse o momento de afirmarmos, com maior ênfase eu diria até de incitarmos o exercício do direito de representação assegurado pela Lei nº 4.898, artigo 4o, alínea “b”: “Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: (...) b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”. É preciso dar-se aplicação a essa lei, ao disposto no artigo 6º: “Art. 6º O abuso de autoridade sujeitarão seu autor à sanção administrativa civil e penal”. Eu diria, no *obiter dictum*, que talvez incumbisse à Corte deixar isso bem claro. Vamos sugerir que o direito seja aplicado. Se o direito for aplicado, seguramente viveremos todos em melhor harmonia. Bastaria isso para que conquistássemos a harmonia: dar plena eficácia a todos os preceitos legais que convivem com a Constituição.<sup>476</sup>  
(destaque no original)

A questão somente seria aventada novamente na sessão de 13 de agosto de 2008, quando se realizou a 20ª sessão ordinária do Plenário do Supremo Tribunal Federal em que ocorreu o debate para aprovação do teor do enunciado da súmula vinculante nº 11. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito concorda com a sugestão do Ministro Cezar Peluso de que o Supremo Tribunal Federal deveria explicitar que “o descumprimento dessa súmula vinculante traz consequência,

<sup>476</sup> STF, HC 91952/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, publicado no DJe 241 de 18/12/2008, voto do Ministro Eros Roberto Grau.

consequência não apenas no campo penal, com o crime de desobediência, como consequências gerais para o Estado no campo da indenização por dano moral”.<sup>477</sup>

Relembre-se que a questão da responsabilidade penal, civil e administrativa do Estado e do servidor público não foi questão debatida no julgamento do *habeas corpus*, somente tendo sido mencionada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito expressamente a título de *obiter dictum*. Esta circunstância não passou despercebida ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que afirmou: “na verdade, pelo que percebo, há acréscimos que estão sendo feitos, a questão da responsabilidade e da anulação do ato”.<sup>478</sup>

Cabem, aqui, as advertências de Rodolfo de Camargo Mancuso:

A fórmula de uma súmula vinculativa, justamente por seu efeito *erga omnes*, em face do Estado e dos jurisdicionados, exige do Tribunal um cuidado extremo, seja no que concerne à própria *deliberação* quanto à sua emissão, seja quanto à sua redação, tudo para prevenir que ela, ao invés de concorrer para a melhoria da resposta judiciária, não venha a se constituir em mais um óbice.<sup>479</sup>

Da análise exemplar da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, podemos reafirmar os seguintes entendimentos expostos anteriormente e das quais depende uma aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios que se compatibilize com o argumento democrático e com o princípio da separação dos poderes:

a) o precedente judicial como fonte de Direito somente se compatibiliza com o princípio democrático se não houver usurpação da função legislativa; para tanto, é necessário que o precedente judicial seja criado como solução de um caso concreto;<sup>480</sup>

b) a limitação do precedente judicial ao conjunto fático é necessária para permitir às partes, ao Ministério Público e a eventual *amicus curiae* a efetiva

<sup>477</sup> STF, Sessão Ordinária nº 20, realizada em 13 de agosto de 2008, publicada no DJe nº 214/2008 de 11 de novembro de 2008, p. 14.

<sup>478</sup> Idem.

<sup>479</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 294.

<sup>480</sup> “[...] the holding of a decision cannot go beyond the facts that were before the court”. (SCALIA, Antonin, *op. cit.*, p. 84)

participação no debate judicial, apresentando seus argumentos a favor e contrário à decisão judicial que será adotada;

c) o enunciado da súmula não se configura como precedente judicial, pois não é possível compreender a facticidade que deu origem à norma jurídica adotada pela Suprema Corte, impedindo a análise da similitude fática com os casos subsequentes para os quais se pretende dar tratamento igualitário como corolário do Estado Democrático de Direito.<sup>481</sup>

---

<sup>481</sup> “De fato, o *stare decisis*, por decorrer propriamente de uma decisão formada em um processo, tem seu lastro de legitimidade e os limites de sua força vinculante diretamente extraíveis dos fundamentos decisórios. E também não há dúvidas de que o modelo administrativo de produção de enunciados gerais e abstratos vinculantes, típico dos assentos lusitanos e por nós adotado na antiga Súmula, é o exato oposto daquele modelo”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos...**, p. 121)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito aos precedentes judiciais é essencial ao Estado de Direito.<sup>482</sup> Tratar casos iguais de forma semelhante é consequência inafastável da previsão constitucional de que as partes são iguais perante a lei.

A má compreensão do princípio do livre convencimento do magistrado e de sua independência funcional submeteu os jurisdicionados à chamada “jurisprudência lotérica”, ao fator sorte como elemento definidor do resultado do julgamento, à falta de previsibilidade, de cognoscibilidade do Direito, de segurança jurídica e, por fim, da instituição do Judiciário como poder propagador de desigualdades. A incoerente e imprevisível aplicação judicial do Direito atingiu a eficácia do próprio Direito em si, na medida em que há uma estreita dependência entre a eficácia do Direito e a eficácia da aplicação judicial do Direito.<sup>483</sup>

Não é de se estranhar a quantidade de estudos e discussões existentes, no Brasil, acerca da eficácia vinculante das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores e sobre a possível adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios: trata-se de reação natural à patológica falta de uniformidade da jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A preocupação cinge-se, no fundo, em impedir o movimento de “pêndulo”: de um sistema de livre convencimento sem limites (bastando a devida motivação), em que os precedentes judiciais não possuem efeito vinculante, não pode resultar, agora, em contraposição, um sistema rígido de vinculação aos precedentes judiciais em que estes são aplicados mecanicamente e sem a possibilidade de rediscuti-los. É necessário buscar um meio termo antes que o pêndulo atinja o outro extremo e por lá estacione por um lapso de tempo razoável, causando tantas injustiças quanto a “jurisprudência lotérica” vem causando até o momento. Não se pode substituir

---

<sup>482</sup> “I consider stare decisis essential to the rule of law”. (POWELL JR, Lewis Franklin, *op. cit.*, p. 289)

<sup>483</sup> “For the functioning of law in a society the effectiveness of law has special importance, and this is closely related with the effectiveness of the application of law”. (WRÓBLEWSKY, Jerzy. **The judicial...**, p. 17)

injustiças promovidas por um Judiciário incoerente por injustiças promovidas por um Judiciário estático, preso às decisões do passado.<sup>484</sup>

Há, assim, uma evidente tensão entre segurança jurídica / previsibilidade e a necessidade de se adequar o Direito com os novos tempos, as novas necessidades, evitando-se que, em busca da segurança jurídica, o direito se petrifique e se distancie da realidade histórica. Faz-se necessário, portanto, encontrar o ponto de equilíbrio ótimo, tarefa que não pode ser concluída valendo-se apenas da lei positivada e da doutrina, mas depende principalmente da prática jurídica. A busca pelo ponto de equilíbrio deve levar em consideração que os institutos jurídicos voltados à segurança jurídica / previsibilidade ocasiona a perda na capacidade de adaptabilidade do direito, e vice-versa:

O fato de o homem poder viver segundo regras preestabelecidas e por ele conhecidas pode ser considerado uma conquista da civilização. A simples circunstância de os padrões de avaliação de sua conduta serem conhecidos, independentemente do juízo de valor que a respeito destes padrões de avaliação se possa fazer, satisfaz e tranquiliza. Pode-se dizer que uma das mais relevantes funções do direito é a de, justamente, gerar *previsibilidade*. Mas como o direito serve à sociedade e esta se *modifica*, é também necessário que, em alguma medida, o direito exerça a delicada função de *adaptar-se*. [...] É interessante observar-se que, na medida exata em que o direito se aparelha para gerar *previsibilidade*, perde sua capacidade relativa à *adaptabilidade* e vice-versa.<sup>485</sup>

David Vong, professor da Universidade de Londres e da *London School of Economics*, bem captou esse movimento indesejável: a doutrina de vinculação aos precedentes judiciais é apropriada para promover justiça, mas estará caminhando por território traiçoeiro se, na tentativa de fornecer certeza e previsibilidade, fornecer, na verdade, “certeza de injustiça”, uma vez que a injustiça iria, eventualmente, matar a própria doutrina. Certeza e previsibilidade nunca podem ser obtidas de forma absoluta, de forma que algum nível de incerteza deve ser aceito como parte do preço para que a doutrina de respeito aos precedentes judiciais não se destrua por si própria. A justiça deve ser distribuída de forma a garantir a consistência das

<sup>484</sup> Confira-se o relato de Justice Powell: “History shows that change is inevitable. The first airplane flew less than four years before I was born. Today spacecrafts are commonplace. Voyager II, launched in 1977, sent back in August 1989 important scientific information about Neptune. The inevitability of change touches law as it does every aspect of life. But stability and moderation are uniquely important to the law. In the long run, restraint in decisionmaking and respect for decisions once made are the keys to preservation of an independent judiciary and public respect for the judiciary's role as a guardian of rights”. (POWELL JR, Lewis Franklin, *op. cit.*, p. 289-290)

<sup>485</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes...*, p. 14-15.

decisões, a igualdade entre as partes e a imparcialidade dos juízes. Mas longe de ser tão rígida, a doutrina de vinculação aos precedentes judiciais desenvolvida pela *common law* tem fornecido uma forma de pensar e agir fundadas na consistência do Direito, mas também uma notável capacidade de se ajustar às mudanças sociais.<sup>486</sup>

O *stare decisis* – nas palavras do Justice Frankfurter – é um princípio de política e não uma fórmula mecânica de aderência à decisão passada.<sup>487</sup> A aplicação do precedente judicial não pode se dar de forma mecânica – como vem acontecendo com a fundamentação das decisões judiciais por intermédio de súmulas vinculantes e ementas de acórdãos. É imprescindível que o precedente judicial seja incorporado argumentativamente na fundamentação da decisão judicial, mediante demonstração adequada de que a norma jurídica fixada pelo precedente judicial deve ser aplicada ao caso litigioso.

A partir destas considerações é que se propugna por uma aplicação constitucional dos precedentes judiciais fundada nas seguintes premissas:

a) considerou-se fonte formal do Direito as formas pelas quais se cria ou se modifica normas jurídicas; o precedente judicial é fonte do Direito porque introduz e modifica normas no ordenamento jurídico mediante atividade hermenêutica criativa, mas em maior ou menor instância restrita, limitada pelas possibilidades interpretativas dadas por elementos textuais e não textuais da ordem jurídica;

b) um sistema de precedentes judiciais obrigatórios não é inflexível, mas estável: a possibilidade de *overruling* permite superar os entendimentos firmados pelo precedente judicial, garantindo a necessária evolução do Direito; por sua vez, a realização do *distinguishing* permite que a *ratio decidendi* do precedente judicial não seja aplicada a casos que possam ser diferenciados daquele que deu origem ao precedente. Ambos os institutos permitem a oxigenação do sistema pelos intérpretes

---

<sup>486</sup> “Finally, the doctrine of binding precedent must continue to provide justice. It will find itself walking through treacherous territory if, in its benevolent attempts to provide certainty, it actually renders certainty of injustice, because injustice or inconvenience will eventually kill the doctrine. But total certainty and predictability can never be attained, so some level of uncertainty must be accepted as part of the price lest the doctrine is dissolved by its own doing. Justice will be served by ensuring consistency of decisions, equality between litigants, and impartiality of judges. Far from being too rigid, the doctrine of binding precedent has made the common law ‘one of the two great systems of jurisprudence existing today in the western world’. It has provided for ‘a consistency of legal thought and action, and a remarkable capacity for adjustment to changing social conditions’”. (VONG, David, *op. cit.*, p. 318-346, em partes citando Sir Leslie Scarman)

<sup>487</sup> Helvenng, 309 U.S. at 119, In: FREED, Todd E., *op. cit.*, p. 1778.

do precedente judicial, permitindo tanto a evolução do Direito quanto a necessária adequação do precedente judicial no momento de sua aplicação aos casos futuros;

c) ainda não foi adotado um regime de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil: o reconhecimento de eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, às súmulas vinculantes e às decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivos não foram suficientes para a instauração de um sistema de *stare decisis*; tampouco as disposições do novo Código de Processo Civil são suficientes para que seja adotado um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, o que dependerá que do novo texto processual decorra a respectiva prática de respeito à autoridade do precedente;

d) a existência de decisões vinculantes, no Brasil, não está acompanhada da prática argumentativa adequada, na medida em que: não se identifica a *ratio decidendi* daquelas decisões, cuja invocação é substituída pela utilização do enunciado da súmula vinculante e das ementas dos acórdãos; não há, ainda, uma prática de realização do cotejo da similitude fática entre o caso-precedente e o caso em julgamento; não há uma prática jurídica de realização da distinção; os próprios tribunais superiores superam seus entendimentos sem apresentar a fundamentação adequada que justifique aquela superação, sem que haja a preocupação com a confiança justificada dos cidadãos ao entendimento previamente firmado;

e) a simples existência de previsão legislativa, dotando determinadas decisões judiciais de eficácia vinculante não é suficiente para se dizer que há um sistema (ainda que parcial, referente apenas a determinadas decisões) de precedentes judiciais obrigatórios, na medida em que não há uma prática jurídico-argumentativa correspondente;

f) a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais constitui-se nas decisões parciais de validade, de eficácia, de interpretação e de escolha de consequências legais que assumem a forma de regra jurídica universalizável, compreendida à luz dos fatos materiais do caso litigioso para cuja solução foi (re)formulada no processo decisório informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa;

g) o precedente judicial configura-se como fonte formal do Direito, legitimando-se quando confrontado com o princípio democrático e da separação de poderes, desde que: haja necessidade de se dar solução a um caso concreto levado ao Judiciário; haja efetiva discussão jurídica entre as partes envolvidas no processo acerca da norma jurídica a ser (re)criada pelo Judiciário, acerca da pauta de conduta



a ser afirmada pelo precedente judicial, devendo os julgadores levarem em séria e detida consideração os argumentos das partes e de eventuais terceiros intervenientes (Ministério Público e *amicus curiae*); haja fundamentação apropriada na decisão judicial proferida pela Suprema Corte, podendo dela ser extraída com clareza a pauta geral de conduta afirmada e a norma jurídica que deverá ser aplicada aos casos futuros;

h) o precedente judicial (ou sua *ratio decidendi*) não pode ser utilizado como fundamentação suficiente das decisões judiciais e não pode substituir a análise séria e compromissada dos argumentos deduzidos pelas partes em juízo;

i) a decisão que se funda em precedente judicial não se resume a uma atividade de mera subsunção dos fatos à norma jurídica veiculada pelo precedente, nem a uma atividade analógica entre os conjuntos das situações de fato: ela exige nova análise, nova valoração, novas escolhas e novas decisões, a partir dos fatos do caso, dos argumentos deduzidos e seriamente debatidos pelas partes em juízo;

j) súmulas vinculantes e ementas de acórdãos proferidos no procedimento de julgamento de recursos repetitivos por amostragem não se constituem em precedente judicial obrigatório, pois estão desvinculados da facticidade a partir da qual devem ser compreendidos: a consideração dos enunciados das súmulas vinculantes e das ementas dos acórdãos dos tribunais superiores agem como enunciados prescritivos abstratos e gerais, exercendo função idêntica ao do texto legislativo, o que pode caracterizar usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário.

A aplicação do sistema de respeito aos precedentes judiciais obrigatórios não se compadece com a utilização dos precedentes como meio de eliminação de processos, de extermínio do *locus* de discussão democrática no qual o Judiciário deve se constituir, muito menos admite sua adoção mediante justificativas e fundamentos de mera economia de atos, de recursos e de tempo.

O fundamento último da adoção de uma sistemática de respeito aos precedentes judiciais é o aprofundamento, a consolidação e o respeito ao Estado de Direito mediante a promoção da igualdade.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz. (Org.) **Acceso a la justicia como garantía de igualdad**: instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires: Biblos, 2006, p. 59-82.

ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 57, n.º 4, p. 953-1094, mar. 2005.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. (Coord.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 27-50.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 36, v. 192, p. 99-127, fev. 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 315-354.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 15, n.º 18, p. 201-211, 2º sem. 2000.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 15, nº 17, p. 153-164, jan.-jun. 2000.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCHI, Paolo. Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. (Org.) **Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica**. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 1-16.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONNECASE, Julien. **Introduccion al estudio del Derecho**. Puebla: José M. Cajica Jr., 1944.

BRUNCKEN, Ernest. Interpretation of the written law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 25, n.º 2, p. 129-140, dez. 1915.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del Derecho, Cidade do México, n.º 18, p. 7-25, abr. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Ajuris**, Porto Alegre, ano XII, n.º 34, p. 189-217, jul. 1985.

CABRAL, Antonio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, v. XIV, p. 261-278, 2010.

CALAMANDREI, Pietro. **Estudos de Direito Processual na Itália**. Campinas, LZN, 2003.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225-243.

CROSS, Rupert; HARRIS, James H. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 21ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, v. 90, n.º 5, p. 1173 a 1203, 2005-2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4ª ed. Madri: Trotta, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FREED, Todd E. Is Stare Decisis Still the Lighthouse Beacon of Supreme Court Jurisprudence? A Critical Analysis. **Ohio State Law Journal**, v. 57, nº 5, p. 1767-1798, 1996.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2002. v.2.

GARDER, John. Some types of law. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 51-77.

GARNER, Bryan A. (ed.) **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. Thomson West, 2009.

GOODHART, Arthur Lehman. Determining the *ratio decidendi* of a case. **Yale Law Journal**, New Haven, v. XL, n.º 2, p. 161-183, dez. 1930.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, ano LXV, nº 4, jul./ago. 2010, p. 826-848.

GUASTINI, Riccardo. Produzione di norme a mezzo di norme. **Informatica e diritto**, Firenze, n.º 11, p. 7-31, 1985.

\_\_\_\_\_. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, Londres, nº 8, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2150133>. Acesso em 15.07.2014.

KOZEL, Randy J. *Stare Decisis* as Judicial Doctrine. **Washington and Lee Law Review**, Lexington, v. 67, n.º 2, p. 411-466, jan. 2010.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010. 425f. Tese (Doutorado em Direito)

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

LIPSTEIN, Kurt. The doctrine of precedent in continental law with special reference to French and German law. **Journal of the Society of Comparative Legislation and International Law**, Londres, 3ª Série, v. 28, nº 3-4, p. 34-44, 1946.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, nº 49, p. 11-58, 2009.

\_\_\_\_\_. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 184, p. 9-41, jun. 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 503-517.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del Derecho**. 53ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTROSE, J. L. Distinguishing cases and the limits of *ratio decidendi*. **The modern law review**, Londres, v. 19, nº 5, p. 525-530, set. 1956.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, v. 71, p. 31-38, jul. 1993.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, ano 58, nº 1, mar. 2004.

POWELL JR, Lewis Franklin. Stare Decisis and judicial restraint. **Washington & Lee Law Review**, Lexington, v. 47, nº 2, p. 281-290, mar. 1990.

RANTOUL, Robert. **An oration delivered before de democrats and antimasons of the county of Plymouth at Scituate on the 4<sup>th</sup> of July 7, 1836**. Boston: Request, 1836.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RE, Edward Dominic. *Stare decisis*. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 31, n.º 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 34, n.º 133, p. 51-64, jan.\mar. 1997.

SALMOND, John William. **Jurisprudence**. 4<sup>a</sup> ed. London: Stevens and Haynes, 1913.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-201.

SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner lectures of human values**. Salt Lake City: Tanner Humanities Center, 1995. Disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf). Acesso em: 09/05/2015.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 39, n.º 3, p. 571-605, fev. 1987.

SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U. S. Supreme Court Precedent. **The journal of politics**, Tucson/Washington, v. 63, n.º 4, p. 1091-1111, nov. 2011.

STRAUSS, David A. **Must like cases be treated alike?** Public law and legal theory working paper series, Chicago, n.º 24, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Direitos fundamentais e justiça**, Salvador, n.º 5, p. 162 a 185, out./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de**

constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. 332f. Tese (Livre-docência em Direito)

\_\_\_\_\_. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 135 a 166.

\_\_\_\_\_. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 669-705.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Do *amicus curiae*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARELLO, Giovanni. Preliminari a una teoria dell’interpretazione giuridica. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (Org.) **Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. t. 1, p. 913 a 937.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Gen/Método, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. **Rivista di diritto e procedura civile**, Milano, ano 48, n.º 2, jun. 1994.

\_\_\_\_\_. Precedente e giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). **La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho**. Tomo V: juez y sentencia constitucional. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 795-810.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97-131.

VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. **Jura Falconis**, Leuven, v. 21, n.º 3, p. 318-346, 1984-1985.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. A course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.



WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

\_\_\_\_\_. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 1958.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. Los lenguajes del discurso jurídico. **Cuadernos del instituto de investigaciones jurídicas**: sobre el derecho como discurso, Cidade do México, ano V, n.º 14, p. 357 a 377, maio-ago. 1990.

\_\_\_\_\_. **The judicial application of law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica. **Persona y derecho**, Navarra, n.º 61, p. 103-113, 2009.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.